
REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

EDIÇÃO: CEDIPRE · DIRETOR: PEDRO COSTA GONÇALVES · N.º 13

13

*Reforma Europeia
da Contratação Pública*



· U



· C ·



Os Acordos-Quadro nas Directivas de 2014 sobre contratação pública *

MARCO CALDEIRA

Advogado

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Membro do Grupo de Contratação Pública do Cedipre

1. Previstos no âmbito dos denominados “sectores especiais” desde 1990¹, os acordos-quadro vieram a ser consagrados também nos “sectores gerais” em 2004, no que representou uma das grandes novidades da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março².

O alargamento do campo de aplicação dos acordos-quadro deve-se, sem dúvida, ao reconhecimento do seu potencial de racionalização das compras públicas. Na verdade, os acordos-quadro são tradicionalmente apontados como instrumentos que propiciam a criação de economias de escala, com a

* O presente artigo encontra-se redigido ao abrigo das regras anteriores ao acordo ortográfico de 1990.

¹ Cláudia VIANA afirma que o ordenamento jurídico comunitário já previa a figura do acordo-quadro desde 1993: cf. “O Acordo-Quadro”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 3, Setembro de 2009, p. 13 (www.fd.uc.pt/cedipre). No entanto, tem razão Lara SOFIA PINTO ao observar que já a antecedente Directiva 90/531/CEE, no seu artigo 1.º, n.º 5, continha uma definição de acordo-quadro, de resto quase idêntica (salva a omissão da referência aos “prestadores de serviços”) à que viria mais tarde a ser acolhida no artigo 1.º, n.º 5 da Directiva 93/38/CEE: cf. *Os Acordos-Quadro no Direito da Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 17, nota 2.

² Disso mesmo se fez eco no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos (“CCP”). O carácter inovador desta consagração surge também salientado, *inter alia*, no “Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa” [COM(2011) 15 final], da Comissão Europeia, de 27 de Janeiro de 2011 (www.contratacao publica.com.pt). Sobre o debate subjacente à expansão desta figura para lá dos “sectores especiais”, que conduziu à sua consagração (também) nos denominados “sectores gerais”, cf. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Volume I, 3ª edition, Sweet&Maxwell, London, 2014, pp. 1102 e 1103.

consequente redução dos preços contratuais e, também, do número de procedimentos de aquisição que as entidades adjudicantes têm de levar a cabo, tudo isto se traduzindo, a final, em poupanças para o erário público³. Por esse motivo se afirma, genericamente, que “o acordo-quadro constitui um importante instrumento de concretização da política de contratação pública”⁴. E, pelo menos entre nós, esse instrumento tem vindo a assumir uma relevância crescente nos últimos anos⁵, especialmente na sequência da instituição, através do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, do regime do Sistema Nacional de Compras Públicas.

2. Apenas para efeitos de enquadramento inicial, vale a pena recuperar aqui a esquematização proposta na “Nota Explicativa da Comissão Europeia sobre os Acordos-Quadro”⁶, a qual permite ilustrar as diversas configurações possíveis da figura em análise.

Segundo este documento, os acordos-quadro podem classificar-se segundo dois critérios: (i) o do conteúdo do acordo-quadro e (ii) o do número de co-contratantes.

³ A vantagem mais comumente associada à utilização dos acordos-quadro reside, justamente, na criação de economias de escala: cf. Cláudia VIANA, “O Acordo-Quadro”, cit., p. 21, João AMARAL e ALMEIDA e Pedro FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A formação de contratos públicos de aquisição de serviços de segurança”, in *Temas de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 307, CARINA RISVIG HAMER, “Regular purchases and aggregated procurement: the changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies”, in *Public Procurement Law Review*, 2014, 4, p. 201 (www.westlaw.com). Para um elenco mais amplo das vantagens, mas também dos inconvenientes do recurso a esta figura, cf. Miguel ASSIS RAIMUNDO e Ana FRANÇA JARDIM, “Dever de contratar através de acordo quadro – notas ao Sistema Nacional de Compras Públicas”, in Miguel ASSIS RAIMUNDO, *Estudos Sobre Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2010, pp. 272 e 273, bem como Lara SOFIA PINTO, *Os Acordos-Quadro...*, cit., p. 24.

⁴ Cf. Cláudia VIANA, “O Acordo-Quadro”, cit., p. 21.

⁵ Isto, apesar de o número de contratos registados no Portal BASE como tendo sido celebrados ao abrigo de acordo-quadro (num total de 3.803, no ano de 2013) se afigurar “subavaliado”, como, de resto, tem sucedido ciclicamente ao longo dos anos: cf., a este propósito, o relatório (da autoria de CLÁUDIA RORIZ e de PEDRO MINISTRO) intitulado “Contratação Pública em Portugal – 2013”, do Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., Janeiro de 2015, p. 29 (www.inci.pt).

⁶ Cf. documento CC/2005/03_rev 1, de 14 de Julho de 2005 (http://eur-lex.europa.eu).

Quanto ao conteúdo, haverá que distinguir consoante os termos dos contratos a celebrar estejam ou não todos previamente fixados, denominando-se o acordo como “contrato-quadro”, no primeiro caso, e como “acordo-quadro *stricto sensu*”, no segundo.

Quanto ao número de co-contratantes, a distinção a fazer é entre o acordo-quadro com apenas um co-contratante ou vários (isto é, se o acordo é individual ou múltiplo).

Uma vez que estes dois critérios são “interpenetráveis”⁷, podem dar origem aos seguintes quatro tipos de acordos-quadro:

- (i) Com conteúdo integralmente fixado e com apenas um co-contratante (“contrato-quadro individual”);
- (ii) Com conteúdo integralmente fixado e com vários co-contratantes (“contrato-quadro múltiplo”);
- (iii) Com conteúdo não integralmente fixado e com apenas um co-contratante (“acordo-quadro *stricto sensu* individual”); ou
- (iv) Com conteúdo não integralmente fixado e com vários co-contratantes (“acordo-quadro *stricto sensu* múltiplo”).

3. Apesar de todas estas combinações serem, em abstracto, admissíveis na óptica do Direito da União Europeia, daqui não se retirava que, em concreto, os Estados-membros tivessem de as incorporar *qua tale* no seu ordenamento interno. Assim, no nosso caso, o CCP apenas consagra as modalidades acima identificadas nas alíneas (i) e (iv) (isto é, o contrato-quadro individual e o acordo-quadro *stricto sensu* múltiplo)⁸.

Pelo que, apesar de alguns Autores entenderem que, *de iure condendo*, o legislador Português poderia ter sido mais ambicioso e permitir o recurso a outras configurações do acordo-quadro, como a do acordo-quadro *stricto sensu* individual (o que seria “particularmente interessante” para as entidades adjudicantes que não sejam centrais de compras “fazerem face a necessidades correntes”)⁹, a verdade é que, *de iure condito*, sem permissão legal explícita, é opinião da

⁷ Cf. Cláudia VIANA, “O Acordo-Quadro”, cit., p. 16.

⁸ Cf. artigo 251.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CCP.

Vide, a este respeito, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 9 de Junho de 2011, processo n.º 07072/10 (www.dgsi.pt).

⁹ É esta a posição de Cláudia VIANA, “O Acordo-Quadro”, cit., p. 16.

doutrina que “*não parece admissível a possibilidade de utilização das modalidades de acordo-quadro previstas na Directiva mas não no CCP*”¹⁰.

4. Traçado este breve panorama do *status quo* vigente, passemos agora ao cerne do texto, que visa essencialmente descrever o regime dos acordos-quadro (e da celebração de contratos ao seu abrigo) à luz das recentes Directivas em matéria de contratação pública. Para este efeito, tomaremos aqui como elemento central a Directiva aplicável aos “sectores gerais”¹¹, sem deixar de referir ocasionalmente, quando tal se justifique, o regime constante da Directiva “sectores especiais”¹².

Ora, a posição assumida pelo legislador comunitário em matéria de acordos-quadro é a de um juízo globalmente positivo quanto ao seu funcionamento, com necessidade, apenas, de clarificações pontuais sobre alguns aspectos do seu regime. Isso ressalta claramente do Considerando (60), primeiro parágrafo, da Directiva, onde se lê que “[o] instrumento dos acordos-quadro tem sido amplamente utilizado e é considerado uma técnica de contratação eficiente em toda a Europa; deverá pois ser globalmente mantido na forma actual”; “[c]ontudo, alguns aspetos têm de ser esclarecidos”.

É, pois, a esta luz que deverão ser lidas as considerações subsequentes, antecipadamente prevenidos de que a nova Directiva aposta fundamentalmente na *continuidade* da figura, tal como até aqui tem sido aplicada, e não traz inovações de monta ao seu regime¹³.

5. Antes de mais, e para delimitar o âmbito da figura sobre cujo regime incidirá a nossa análise, importa começar pela *definição* de acordo-quadro.

Esta é-nos claramente dada no segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 33.º da Directiva 2014/24/UE, segundo o qual o acordo-quadro “*é um acordo entre*

¹⁰ Assim, cf. Lara SOFIA PINTO, *Os Acordos-Quadro...*, cit., p. 23.

Sobre as circunstâncias em que se torna aconselhável recorrer a cada uma das modalidades possíveis, cf. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., pp. 1106 a 1110.

¹¹ Cf. Directiva 2014/24/UE Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014 (doravante também abreviadamente designada como a “Directiva”).

¹² Cf. Directiva 2014/25/UE Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014.

¹³ Também neste sentido da ausência de novidades significativas, considerando que a Directiva se limitou a esclarecer alguns pontos e a consagrar formalmente, em letra de norma, o que já era o entendimento corrente, cf. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 1105, e Carina RISVIG HAMER, “Regular purchases...”, cit., p. 210.

uma ou mais autoridades adjudicantes e um ou mais operadores económicos que tem por objeto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, das quantidades previstas”. Trata-se, portanto, de uma definição idêntica à que já constava do artigo 1.º, n.º 5 da Directiva 2004/18/CE¹⁴, pelo que, exceptuando a diferente localização sistemática da definição, não se regista aqui qualquer novidade.

6. Assente o conceito, importa perceber em que termos a sua celebração é admitida e quais as condições que devem ser seguidas pelas entidades adjudicantes quando pretendem recorrer a este instrumento¹⁵.

Neste ponto a Directiva 2014/24/UE parte de uma ideia base de *permissão genérica* de celebração de acordos-quadro: é isso o que resulta do primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 33.º, no qual se afirma, lapidariamente, que “[a]s autoridades adjudicantes podem celebrar acordos-quadro, desde que apliquem os procedimentos previstos na presente diretiva”¹⁶.

Esta redacção tão peremptória, ainda que formalmente esteja muito próxima da letra do artigo 32.º, n.º 1 da Directiva 2004/18/CE, apresenta, porém, uma diferença muito relevante: é que, enquanto esta última dispunha que “[o]s Estados-Membros podem prever a possibilidade de as entidades adjudicantes celebrarem acordos-quadro”, aquela preceitua que as entidades adjudicantes “*podem celebrar acordos-quadro*”, o que denota uma obrigatoriedade na sua transposição para os ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros. Com efeito, enquanto, à luz da Directiva 2004/18/CE, eram os Estados-membros que “podiam” (ou não) consagrar, na sua própria legislação, a possibilidade de celebração de acordos-quadro – e por isso a nossa doutrina entendia, aliás

¹⁴ É igual à que se encontra plasmada no segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 51.º da Directiva 2014/25/UE.

¹⁵ Nos termos do nosso CCP, o acordo-quadro constitui um “*instrumento procedimental especial*”. Não entraremos aqui no debate sobre a natureza jurídica do acordo-quadro (*maxime*, se é ou não um verdadeiro contrato). Cf., sobre o tema, Cláudia VLANA, “O Acordo-Quadro”, cit., pp. 14 e 15, Lara SOFIA PINTO, *Os Acordos-Quadro...*, cit., pp. 87 a 99, Mário ESTEVES DE OLIVEIRA e Rodrigo ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 40 e 41, bem como VERA EIRÓ, *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes – Fundamento e Pressupostos*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 366.

¹⁶ Cf., com idêntica redacção, o artigo 51.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Directiva 2014/25/UE. E podem fazê-lo, acrescente-se, mesmo em associação com outras entidades adjudicantes de diferentes Estados-membros, nos termos previstos no artigo 39.º, n.º 4 da Directiva.

correctamente, que a transposição desta figura era meramente facultativa, em contraste com o que sucedia no âmbito dos “sectores especiais”¹⁷ –, agora são as entidades adjudicantes que passam a “poder” celebrar acordos-quadro, por imposição directa da Directiva 2014/24/UE, o que nos parece significar que os Estados-membros não têm forma de se eximir à incorporação dos acordos-quadro na legislação nacional, sob pena de incumprimento do Direito da União Europeia¹⁸.

No entanto, se é obrigatório que os Estados-membros consagrem no seu ordenamento jurídico interno a figura dos acordos-quadro – de resto, como vimos, a maioria dos Estados já o faz –, essa consagração não pode, ela mesma, ser efectuada com carácter obrigatório para as entidades adjudicantes, visto que o Considerando (61) da Directiva ressalva que “[a]s autoridades adjudicantes não deverão ser obrigadas, nos termos da presente diretiva, a adquirir obras, fornecimentos ou serviços abrangidos por um acordo-quadro, ao abrigo desse acordo-quadro”. Fica assim claro, por conseguinte, que a *obligatoriedade* aqui em causa é a de transposição da figura pelos Estados, mas não do recurso à mesma pelas entidades adjudicantes, para as quais o acordo-quadro deve (e tem de) constituir, apenas e só, uma *opção*¹⁹.

7. Uma segunda observação quanto a esta previsão do artigo 33.º, n.º 1 da Directiva 2014/24/UE prende-se com a ressalva final de que as entidades adjudicantes (só) podem celebrar acordos-quadro “desde que apliquem os procedimentos” previstos na própria Directiva.

¹⁷ Neste sentido, cf. Lara SOFIA PINTO, *Os Acordos-Quadro...*, cit., p. 22, e Vera EIRÓ, *A obrigação de indemnizar...*, cit., p. 366, nota 915.

¹⁸ No mesmo sentido, cf. Carina RISVIG HAMER, “Regular purchases...”, cit., p. 210. Em sentido menos peremptório, se bem interpretamos, cf. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., pp. 1111 e 1112.

¹⁹ Parece-nos, no entanto, que semelhante proclamação – para mais, feita apenas num Considerando da Directiva – não impede os Estados-membros de, em determinadas circunstâncias, imporem às entidades adjudicantes o recurso obrigatório a alguns acordos-quadro: nomeadamente, pensamos que os Estados poderão estabelecer a *obligatoriedade* da aquisição de certos bens ou serviços ao abrigo de acordos-quadro celebrados por centrais de compras – como sucede, entre nós, com o já referido Sistema Nacional de Compras Públicas. De resto, a própria Directiva 2014/24/UE prevê expressamente a instituição de centrais de compras para proceder a aquisições centralizadas (cf. artigo 37.º).

Numa leitura imediata, esta advertência²⁰ tem o significado de condicionar a celebração dos acordos-quadro à adopção de um dos procedimentos pré-contratuais contemplados na Directiva, que surge assim como condição de *validade* do contrato a celebrar.

Por conseguinte, um acordo-quadro para a celebração de contratos abrangidos pela Directiva 2014/24/UE²¹ apenas se considerará validamente celebrado caso a entidade adjudicante siga, para esse efeito, um dos procedimentos previstos no Título II daquela Directiva, incluindo, *v. g.*, o concurso aberto ou o concurso limitado (cf. artigos 27.º e 28.º, respectivamente).

Note-se, no entanto, que o facto de os acordos-quadro terem de ser celebrados mediante um dos procedimentos da Directiva 2014/24/UE não significa que todo e qualquer procedimento pré-contratual naquela previsto possa ser adoptado para a celebração de acordos-quadro²². Seria, pois, ilusório

²⁰ De teor similar à do artigo 32.º, n.º 2 da Directiva 2004/18/CE.

²¹ A este propósito, importará, claro, ter em conta, não apenas o *tipo* de contratos a celebrar, mas também o seu *valor* – pois a Directiva 2014/24/UE apenas se aplica aos contratos cujo valor iguale ou exceda os limiares fixados no respectivo artigo 4.º –, sendo que, para este efeito, deve ser considerado “o valor máximo estimado, sem IVA, de todos os contratos previstos durante toda a vigência do acordo-quadro” (cf. artigo 5.º). Assim, o que é relevante para este efeito não é o valor provável estimado, mas sim o valor máximo previsível dos contratos a celebrar ao abrigo do acordo-quadro: cf. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., pp. 1116 e 1117. Como nota ainda a mesma Autora, apesar de as Directivas apenas se aplicarem à celebração de contratos acima de montantes consideráveis, a aplicação destas regras de cálculo de valor aos acordos-quadro acaba por determinar (e bem) a aplicação das Directivas a aquisições de valor muito mais reduzido: cf. *ob. cit.*, pp. 1104 e 1105.

²² Assim, ao abrigo da Directiva 2004/18/CE tem-se discutido se o diálogo concorrencial pode ou não ser utilizado para a celebração de acordos-quadro: embora, do ponto de vista estritamente jurídico, não haja qualquer obstáculo, a verdade é que, na prática, tendo em conta os pressupostos (situações de elevada complexidade) estabelecidos para a adopção de um diálogo concorrencial e os fins a que os acordos-quadro se destinam (permitir a satisfação de necessidades frequentes e repetidas das entidades adjudicantes), não é simples conceber situações em que o diálogo concorrencial represente uma opção adequada para a celebração de acordos-quadro: cf., neste sentido, a Nota Explicativa da Comissão Europeia, p. 4, nota 12, bem como, na doutrina, Andreas MACHWIRTH (*apud* Lara SOFIA PINTO, *Os Acordos-Quadro...*, cit., p. 28, nota 54) e Cláudia VIANA, “O Acordo-Quadro”, cit., pp. 17 e 18 (Autora que ressalva, no entanto, que “*não há imaginação mais fértil do que a realidade*”).

Do mesmo modo, também há doutrina que questiona a possibilidade de recurso ao procedimento de negociação para este efeito: cf., para as correspondentes referências bibliográficas, Lara SOFIA PINTO, *Os Acordos-Quadro...*, cit., p. 28, nota 53.

pensar que a “mera” adopção de um qualquer procedimento pré-contratual regulado na Directiva 2014/24/UE, e apenas por esse motivo (*estar aí regulado*), bastaria para assegurar, sem mais, a validade do acordo-quadro subsequentemente celebrado.

Por outro lado, ao contrário do que uma abordagem mais apressada poderia indiciar, o facto de se estabelecer que as entidades adjudicantes podem celebrar acordos-quadro desde que adoptem um dos procedimentos pré-contratuais previstos na Directiva não significa que não existem outros limites à celebração dos acordos-quadro e que a sua validade é aferida unicamente em função do procedimento pré-contratual escolhido. Como veremos adiante (cf. n.º 18. *infra*), está longe de ser assim.

8. Quanto ao âmbito subjectivo dos acordos-quadro, a Directiva consagra um modelo *fechado*, o que, concomitantemente, impõe a *transparência* através da *identificação clara e prévia* das entidades que podem recorrer aos acordos-quadro.

O carácter fechado do modelo resulta, desde logo, do segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 33.º, no qual se estabelece que os procedimentos de adjudicação de contratos ao abrigo de acordos-quadro “*só são aplicáveis entre, por um lado, as autoridades adjudicantes claramente identificadas para o efeito (...) e, por outro, os operadores económicos que sejam partes no acordo-quadro, nos termos nele previstos*”. Esta previsão é coerente com o Considerando (60), primeiro parágrafo, que dispõe que “*os acordos-quadro não deverão ser utilizados pelas autoridades adjudicantes que não estejam neles identificadas*”. Deve, pois, ser possível identificar “*fácil e inequivocamente*” as entidades adjudicantes que podem adquirir obras / bens / serviços ao abrigo de cada acordo-quadro, as quais têm, por conseguinte, de “*ser claramente indicadas pelo nome ou por outros meios, tais como uma referência a dada categoria de autoridades adjudicantes numa zona geográfica claramente delimitada*”²³.

²³ Isto significa, como bem nota Carina RISVIG HAMER, que não pode proceder-se a uma identificação genérica como a de “novos hospitais” ou uma menção similar a entidades que, à data do anúncio, ainda não existem e, portanto, não podem ser fácil e inequivocamente identificadas por um terceiro: cf. “Regular purchases...”, cit., p. 203. Apontando algumas insuficiências na regulação das Directivas a este propósito, cf. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., pp. 1125 e 1126.

Como bem se vê, esta identificação prévia das entidades adjudicantes destina-se, em primeira linha, a circunscrever o elenco das entidades que podem recorrer ao acordo-quadro e a evitar que o seu carácter fechado venha, na prática, a ser defraudado pela ausência de controlo relativamente às entidades que efectuam as suas aquisições ao abrigo daquele acordo. O que não impede que, secundariamente, esta prévia identificação sirva também um outro propósito, o de auxiliar os operadores económicos, os quais, sabendo de antemão qual o leque de possíveis adquirentes das obras / bens / serviços objecto do acordo-quadro, podem, nessa conformidade, aferir do seu interesse na participação no acordo e, também, da sua capacidade para assegurar todos os contratos a que poderão vir a ser chamados a executar²⁴.

9. No entanto, apesar do tom peremptório na proclamação do carácter fechado dos acordos-quadro, a Directiva não deixa de suscitar algumas dúvidas quanto ao alcance dessa afirmação – mais concretamente, quanto à questão de saber se o acordo-quadro “nasce”, “vive” e “morre” fechado ou se, pelo contrário, são admissíveis alterações subjectivas durante a sua vigência.

A questão coloca-se, paradoxalmente, logo no Considerando (60), pois, imediatamente após a afirmação taxativa de que, “*uma vez celebrado, nenhum acordo-quadro deverá estar aberto à entrada de novos operadores económicos*”, a Directiva concretiza a proibição de entrada de novos operadores através do seguinte exemplo:

“*Tal implica, por exemplo, que, quando uma central de compras utiliza um registo global das autoridades adjudicantes ou respetivas categorias, tais como as autoridades locais de uma determinada área geográfica, que estão habilitadas a recorrer aos acordos-quadro por si celebrados, deverá fazê-lo de uma forma que permita verificar não só a identidade da autoridade adjudicante em causa, mas também a data a partir da qual está habilitada a recorrer ao acordo-quadro celebrado pela central de compras, uma vez que essa data determina qual o acordo-quadro específico que a autoridade adjudicante deverá ser autorizada a utilizar*”.

²⁴ Neste sentido, observa Cláudia VIANA que a informação relativa ao número e identidade das entidades adjudicantes que integram o acordo-quadro permite aos operadores económicos “*aferir do seu interesse em concorrer, pois será, sem dúvida, diferente, apresentar uma proposta para a previsível celebração de contratos com 10, 100 ou 1000 entidades*”: cf. “O Acordo-Quadro”, cit., p. 21.

Ou seja, a pretexto de ilustrar as consequências da proibição de entrada de novos operadores económicos num acordo-quadro, a Directiva apresenta um exemplo que parece indiciar justamente o contrário: que é possível a entrada de entidades adjudicantes num acordo-quadro previamente celebrado, com a ressalva de que tais entidades apenas podem adquirir obras / bens / serviços ao abrigo de um acordo-quadro posteriormente à sua adesão. Se assim não fosse, seria supérflua a determinação da “*data a partir da qual [a entidade adjudicante] está habilitada a recorrer ao acordo-quadro celebrado pela central de compras*”, apenas relevando a data da celebração do próprio acordo-quadro, não a da adesão dessa entidade à central de compras.

Por outro lado, apesar de se referir, genérica e amplamente, à proibição de entrada no acordo-quadro de “*novos operadores económicos*”, o exemplo depois apresentado pela própria Directiva refere-se, apenas, a “*autoridades adjudicantes*” – o que, pelo menos *literalmente*, leva a que possa questionar-se se a proibição em causa abrange também os operadores económicos *privados*, isto é, os (aspirantes a) co-contratantes no acordo-quadro. Uma interpretação conjugada do exemplo dado com a cláusula geral que aquele visa concretizar – de que “*nenhum acordo-quadro deverá estar aberto à entrada de novos operadores económicos*” – leva à conclusão de que o intuito da Directiva será mesmo o de vedar a entrada de novos operadores económicos privados como co-contratantes no acordo-quadro durante a sua vigência²⁵. Solução que, por sua vez, se mostra extremamente criticável, uma vez que, como é sabido, o acordo-quadro (sobretudo, quando as entidades adjudicantes a ele estão vinculadas) “*fecha*” o mercado – ou, pelo menos, *um* nicho de mercado – durante todo o período da sua vigência, deste modo “*blindando*” os participantes no acordo-quadro contra qualquer tipo de concorrência exterior. Ora, este (por assim dizer) “*entrincheiramento*”, além de propiciar uma eventual diminuição da qualidade do desempenho por parte dos co-contratantes, tem efeitos nefastos para os operadores económicos que apenas surgiram no mercado após a celebração do acordo-quadro, os quais se vêem assim forçados a aguardar que o mesmo

²⁵ Como, de resto, hoje já acontece: cf. Nota Explicativa da Comissão Europeia, p. 5 (“*framework agreements constitute a closed system which no-one else can enter, either as a purchaser or a supplier*”). Vide também Carina RISVIG HAMER, “Regular purchases...”, cit., p. 203. A nova Directiva terá fundamentalmente pretendido clarificar este ponto de forma a não deixar margem para dúvidas.

expire para finalmente poderem aceder àquele “*nicho*”²⁶. Por outro lado, mesmo aos operadores que já se encontram em actividade no momento da celebração do acordo-quadro são ameaçados pelo carácter fechado do mesmo, já que os operadores que não sejam seleccionados ficam afastados daquele mercado ou “*nicho*” de mercado durante um longo período de tempo. Isto, naturalmente, confere uma importância dramática à decisão de selecção dos participantes no acordo-quadro, conduzindo – pelo menos, potencialmente – a um aumento exponencial da litigiosidade pré-contratual neste âmbito²⁷, surgindo a impugnação da decisão de adjudicação do acordo-quadro como a opção de *ultima ratio* ao dispor dos operadores excluídos para tentar reacender as suas hipóteses de contratar com as entidades adjudicantes do acordo-quadro nos quatro anos seguintes.

Para finalizar quanto a este ponto, a solução preconizada pela Directiva, de tendencial *estabilidade (rectius, imutabilidade) subjectiva* do acordo-quadro desde a sua celebração até à sua cessação de vigência, está essencialmente pensada para impedir o alargamento do número de entidades que nele participam ao longo da respectiva execução, mas não obsta em absoluto a que, em determinadas circunstâncias, possa ocorrer uma redução desse número ou, eventualmente, uma alteração da identidade dos participantes: será o caso, especialmente, das “*modificações não substanciais*” do acordo-quadro

²⁶ O reparo parece-nos pertinente, note-se, mesmo sabendo que a aquisição através de acordo-quadro constitui uma opção e não uma obrigatoriedade para as entidades adjudicantes, por um lado (cf. n.º 6. *supra*), e mesmo sem discutir, por outro lado, se pode uma entidade adjudicante celebrar dois (ou mais) acordos-quadro para aquisição das mesmas obras / bens / serviços, isto é, se é admissível a co-existência simultânea de uma pluralidade de acordos-quadro com objectos total ou parcialmente coincidentes. Para uma (interessante) discussão sobre a liberdade da entidade adjudicante de celebrar contratos fora dos acordos-quadro em que é parte e de celebrar vários acordos-quadro com idêntico objecto, cf. Lara SOFIA PINTO, *Os Acordos-Quadro...*, cit., pp. 39 a 47. Cf. também, com relevância para este ponto, as posições (restritivas) de Mário ESTEVES DE OLIVEIRA e Rodrigo ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., pp. 37 e 41, bem como de Alexandra LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 2014, p. 198.

²⁷ Enfatizando justamente este ponto, cf. Miguel ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 467, SUE ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 1105, bem como Albert SÁNCHEZ GRAELLS e Ignacio HERRERA ANCHUSTEGUI, “Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in Directive 2014/14”, University of Leicester School of Law Research Paper No. 14-35, p. 12 (<http://papers.ssrn.com>).

que se traduzem na substituição do adjudicatário, nos termos previstos na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 72.º da Directiva²⁸. Adiante retomaremos este ponto (cf. n.º 15. *infra*).

10. No que respeita à celebração de contratos ao abrigo do acordo-quadro, o n.º 2 do artigo 33.º da Directiva 2014/24/UE começa por estabelecer que a adjudicação é efectuada “*de acordo com os procedimentos previstos no presente número*”, bem como nos subsequentes n.ºs 3 e 4 do mesmo preceito. Tais procedimentos são, todavia, restritos às entidades adjudicantes identificadas para o efeito no convite à apresentação de propostas ou no convite à confirmação de interesse, por um lado, e aos operadores económicos que sejam partes no acordo-quadro, por outro²⁹.

Ora, tal como já sucedia ao abrigo dos n.ºs 3 e 4 do artigo 32.º Directiva 2004/18/CE, também a Directiva 2014/24/UE continua a diferenciar as exigências procedimentais consoante o número de co-contratantes nesse mesmo acordo.

Assim, estabelece o artigo 33.º, n.º 3 da Directiva 2014/24/UE que, quando o acordo-quadro é celebrado com *um único operador económico*, nesse caso “*os contratos baseados nesse acordo-quadro devem ser adjudicados nos limites das condições nele estabelecidas*”.

Já quando o acordo-quadro é celebrado com *mais do que um operador económico*³⁰, haverá que distinguir consoante o grau de regulação, no caderno de encargos, dos termos e condições da execução dos contratos.

²⁸ Notando que a possibilidade de substituição do adjudicatário (nos casos em que tal não configure uma “*modificação substancial*”) torna algo ilusória a natureza fechada do acordo-quadro, cf. Albert SÁNCHEZ GRABELLS, “*Framework agreements under Reg. 33 Public Contracts Regulations*” (entrada de 13 de Abril de 2015 no blog <http://howtocrackanut.blogspot.pt>). Cf. também Carina RISVIG HAMER, “*Regular purchases...*”, cit., p. 203.

²⁹ Como inequivocamente se estabelece no segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 33.º da Directiva 2014/24/UE.

³⁰ Neste âmbito, é importante assinalar uma alteração da nova Directiva de 2014 face à de 2004: enquanto o artigo 32.º, n.º 4 da Directiva 2004/18/CE impunha que o acordo-quadro com vários operadores económicos devesse ser celebrado com, “*no mínimo, três [operadores], desde que exista um número suficiente de operadores económicos que cumpram os critérios de selecção e/ou de propostas admissíveis que satisfaçam os critérios de adjudicação*”, a Directiva 2014/24/UE não contém semelhante exigência de um número mínimo, pelo que doravante passa a ser admitida a celebração de acordos-quadro com apenas dois operadores económicos: cf. Carina RISVIG

Mais concretamente:

- a) Se o acordo-quadro estipular todos os termos da execução dos trabalhos / serviços / bens em causa e as condições objectivas para determinar qual dos operadores económicos será o adjudicatário³¹, a adjudicação será efectuada nos termos e condições estipulados no acordo-quadro, sem reabertura do concurso³²;
- b) Se, pelo contrário, não estiverem estipuladas no acordo-quadro todas as condições de execução das obras, prestação dos serviços ou fornecimento dos bens, o contrato deverá ser adjudicado através da reabertura do concurso entre os operadores económicos partes no acordo-quadro³³.

11. No entanto, esta dicotomia, de apreensão aparentemente tão simples, nem sempre se revela tão linear como poderia inicialmente supor-se.

Na verdade, quando o acordo-quadro estabelece todas as condições que regem a execução das obras, a prestação de serviços ou o fornecimento dos produtos em causa, apesar de as entidades adjudicantes *poderem* proceder à adjudicação sem reabertura do concurso, isso não significa que *tenham* de adjudicar directamente o contrato e que *não possam* fazer qualquer apelo à concorrência. Assim, desde que as peças procedimentais assim o prevejam, a entidade adjudicante – repete-se: nestes estritos casos em que todos os termos e condições do contrato estejam previamente definidos – pode seleccionar o

HAMER, “*Regular purchases...*”, cit., p. 203. Aplaudindo esta “*útil*” alteração, na medida em que “*não tinha qualquer lógica*” considerar que um acordo-quadro múltiplo poderia ser celebrado com três operadores económicos mas já não com apenas dois, cf. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., pp. 1129 e 1180.

³¹ Para este efeito, é necessário que os termos da execução e as condições objectivas da escolha constem das peças procedimentais.

³² Cf. artigo 33.º, n.º 4, alínea *a*) da Directiva 2014/24/UE.

Sublinhando os aspectos nocivos que uma semelhante previsão pode ter sobre a concorrência e estabelecendo o contraste com o sistema norte-americano (no qual o procedimento de celebração do contrato é publicitado e a todos os participantes no acordo-quadro é concedida uma “*fair opportunity to compete*”), cf. Christopher R. YUKINS e Steven L. SCHOONER, “*Incrementalism: Eroding the Impediments to a Global Public Procurement Market*”, in *Georgetown Journal of International Law*, Volume 38 (2007), p. 554 (<http://ssrn.com>).

³³ Cf. artigo 33.º, n.º 4, alínea *c*) da Directiva 2014/24/UE.

adjudicatário “em parte sem reabertura de concurso em conformidade com a alínea a) e em parte com reabertura do concurso entre os operadores económicos que são partes no acordo-quadro em conformidade com a alínea c)”³⁴. Deste modo – através de uma previsão que alguns Autores consideram constituir a mais importante alteração introduzida pela Directiva nesta matéria³⁵ – se concretiza o desiderato, previsto no Considerando (61), de conferir às entidades adjudicantes “mais flexibilidade ao fazerem aquisições ao abrigo de acordos-quadro celebrados com mais de um operador económico e que estabeleçam todas as condições”.

Porventura procurando esclarecer esta ambiguidade – “em parte sem reabertura de concurso (...) e em parte com reabertura do concurso” –, a alínea b) do n.º 4 do artigo 33.º esclarece que as peças procedimentais devem “igualmente especificar as condições que poderão ser sujeitas a reabertura de concurso”. Nesta linha, a discricionariedade da entidade adjudicante na opção pela reabertura (ou não reabertura) do concurso encontra-se balizada pelos critérios previamente fixados nas peças procedimentais, com vantagens para a objectividade na tomada da decisão administrativa e para a previsibilidade da sua actuação aos olhos dos co-contratantes, os quais desta forma sabem de antemão com o que podem contar³⁶.

Em conformidade com o que acabou de se referir, conclui-se que a bipartição apresentada no número anterior se mostra, afinal, excessivamente simplificada e mesmo redutora e incompleta, já que o quadro procedimental aplicável deve antes esquematizar-se, em bom rigor, do seguinte modo:

(i) O acordo-quadro estabelece todos os termos e condições dos contratos a celebrar:

(i.1) Adjudicação sem reabertura do concurso; ou

³⁴ Cf. artigo 33.º, n.º 4, alínea b) da Directiva 2014/24/UE.

³⁵ Cf. Carina RISVIG HAMER, “Regular purchases...”, cit., p. 204.

No sentido de estarmos perante uma mera clarificação das regras já existentes, cf. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., pp. 1139 e 1140.

³⁶ Assim, pode a entidade adjudicante estabelecer que a adjudicação só será feita através da reabertura de um mini-concurso quando o contrato a celebrar exceda um determinado valor ou quando esteja em causa a aquisição de bens heterogéneos, não existindo apelo à concorrência para contratos de menor valor ou para a aquisição de outro tipo de bens mais estandarizados: cf. Carina RISVIG HAMER, “Regular purchases...”, cit., pp. 204 e 205.

(i.2) Adjudicação com ou sem reabertura do concurso, mediante decisão fundamentada da entidade adjudicante e desde que tal possibilidade (e as condições em que tal decisão pode ser tomada) tenha(m) sido expressamente prevista(s) nas peças procedimentais.

(ii) O acordo-quadro não estabelece todos os termos e condições dos contratos a celebrar: adjudicação sempre com reabertura do concurso.

12. Ainda a este propósito, uma nota adicional para acrescentar que a Directiva 2014/24/UE não só prevê que o objecto dos acordos-quadro possa ser dividido em lotes³⁷ como, além disso, permite uma diferenciação do grau de detalhe das peças procedimentais relativamente aos distintos lotes que integram o acordo-quadro. Sendo que, para o que aqui importa, essa diferença se reflecte também nas modalidades procedimentais aplicáveis à adjudicação dos contratos ao abrigo do acordo-quadro, já que a Directiva admite expressamente que, quando num determinado lote “tenham sido estabelecidas todas as condições que regem a execução das obras, a prestação de serviços e o fornecimento dos produtos em causa”, a entidade adjudicante pode optar entre a reabertura ou não reabertura do concurso entre os operadores económicos, nos termos acima referidos, e isto “independentemente de terem ou não sido estabelecidas para os restantes lotes [essas mesmas] condições”³⁸.

Por conseguinte, o facto de as peças procedimentais do acordo-quadro não estabelecerem exaustivamente os termos e condições dos contratos a celebrar em cada lote do acordo-quadro não impede a entidade adjudicante de, nos lotes em que tal definição integral tenha sido feita, utilizar a liberdade que a Directiva lhe confere para optar entre as alternativas concursal ou não concursal para adjudicar os contratos respeitantes a esses lotes.

13. Olhando agora com mais atenção para a *tramitação* dos procedimentos tendentes à celebração dos contratos ao abrigo do acordo-quadro, verifica-se, sem surpresa, que também aqui os critérios do número de co-contratantes e do conteúdo das peças procedimentais do acordo-quadro assumem relevância e determinam distinções nas fases e formalidades a cumprir.

³⁷ Nos termos gerais previstos no artigo 46.º desta Directiva.

³⁸ Cf. o segundo parágrafo da alínea b) do n.º 4 do artigo 33.º

Assim, quando se trate de um acordo-quadro com apenas um co-contratante, a entidade adjudicante pode limitar-se a consultá-lo por escrito, pedindo-lhe que complete, na medida do necessário, a sua proposta ³⁹.

Já se o acordo-quadro contar com a presença de uma pluralidade de operadores económicos, e caso as respectivas peças procedimentais não estabeleçam todos os termos da execução do contrato e os critérios para a determinação do adjudicatário, deverá ser promovido um procedimento concursal baseado “nas mesmas condições aplicadas à adjudicação do acordo-quadro, se necessário especificadas em maior pormenor”, e, se for o caso, “noutras condições referidas nos documentos do concurso para o acordo-quadro” ⁴⁰.

Além disso, deverão ainda ser observadas as seguintes condições:

- a) Para cada contrato a adjudicar, as entidades adjudicantes consultam por escrito os operadores económicos com capacidade para executar o contrato;
- b) As entidades adjudicantes fixam um prazo suficiente para a apresentação das propostas relativas a cada contrato específico, tendo em conta elementos como a complexidade do objeto do contrato e o tempo necessário para o envio das propostas;
- c) As propostas são apresentadas por escrito e só são abertas após o termo do prazo de resposta fixado; e
- d) As entidades adjudicantes atribuem cada contrato ao proponente que tiver apresentado a melhor proposta com base nos critérios de adjudicação previstos nos documentos do concurso para o acordo-quadro ⁴¹.

³⁹ Cf. o segundo parágrafo do n.º 3 do artigo 33.º

⁴⁰ Cf. artigo 33.º, n.º 5 da Directiva. De referir que a reabertura do concurso no âmbito de um acordo-quadro representa uma das situações nas quais a Directiva considera particularmente importante que as entidades adjudicantes sejam “autorizadas a organizar concursos relativos a aquisições específicas com base em catálogos eletrónicos previamente enviados” [cf. Considerando (68), terceiro parágrafo], os quais se encontram previstos no artigo 36.º da Directiva e constituem um dos meios através dos quais aquela visa incentivar a contratação electrónica (cf., neste sentido, Martín María Razquin Lizarraga, “Las Nuevas Directivas sobre Contratación Pública de 2014: Aspectos Clave y Propuestas para su Transformación en España”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 196, Madrid, enero-abril 2015, p. 122). De todo o modo, importa não esquecer que todos os procedimentos, sejam ou não conduzidos por via electrónica, devem ser devidamente documentados pelas entidades adjudicantes, como impõe o artigo 84.º, n.º 2 da Directiva.

⁴¹ Transcrevemos as alíneas a) a d) do n.º 5 do artigo 33.º, citado na nota anterior.

14. Independentemente de a celebração do contrato ao abrigo do acordo-quadro ser efectuada “na sequência de uma reabertura de concurso ou diretamente nas condições estabelecidas no acordo-quadro”, estabelece o artigo 33.º, n.º 4, alínea b) da Directiva 2014/24/UE – aliás, numa péssima localização sistemática, pois que se trata de uma disposição de alcance mais vasto – que “[a] decisão de adquirir ou não adquirir determinadas obras, fornecimentos ou serviços [...] deve ser tomada em conformidade com critérios objetivos que serão determinados nos documentos do concurso para o acordo-quadro”.

Verdadeiramente, esta disposição parece conter uma dupla exigência: por um lado, a de que os critérios de adjudicação revistam carácter objectivo e estejam prévia e claramente definidos nas peças do procedimento ⁴² e, por outro lado, a de que a decisão de adjudicação de uma concreta proposta seja efectuada de acordo com esses mesmos critérios – os quais, esclarece-nos o Considerando (61), terceiro parágrafo, da Directiva, “poderão, por exemplo, dizer respeito à quantidade, ao valor ou às características das obras, fornecimentos ou serviços em questão, incluindo a necessidade de um grau mais elevado de serviço ou de um nível de segurança mais alto, ou à evolução dos níveis dos preços em comparação com um determinado índice de preços” ⁴³.

O artigo 51.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Directiva 2014/25/UE, relativa aos “sectores especiais”, exige que as “regras e critérios objectivos” que norteiam a adjudicação de contratos “assegur[em] a igualdade de tratamento entre os operadores económicos que são partes no acordo-quadro”. Embora tal exigência não resulte *ex professo* do clausulado da Directiva 2014/24/UE, a mesma decorre do seu Considerando (61), terceiro parágrafo, e, de todo o modo, sempre teria de se chegar ao mesmo resultado por força dos princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação previstos no artigo 18.º desta Directiva. Assim, também no âmbito dos “sectores gerais” os critérios de adjudicação de contratos (ao abrigo de acordos-quadro ou fora deles) devem pautar-se por uma estrita conformidade com o princípio da igualdade – por esta via se

⁴² Não podendo, portanto, a decisão de adjudicação ser deixada à escolha aleatória por parte da entidade adjudicante: cf. Carina Risvig Hamer, “Regular purchases...”, cit., p. 204.

⁴³ No caso de acordos-quadro que estabeleçam todas as condições, caso se trate de bens ou serviços que se destinem a ser utilizados por pessoas singulares, tais critérios objectivos para determinar a adjudicação do contrato podem “incluir as necessidades ou a escolha das pessoas singulares em causa”, conforme estabelece o Considerando (61), primeiro parágrafo, da Directiva.

assegurando, ainda, “a possibilidade de concorrência efectiva” entre os operadores económicos que competem pela obtenção do contrato ⁴⁴.

15. Um aspecto de extrema importância, agora já não ao nível procedimental mas substancial, é o da *identidade* entre o objecto dos contratos celebrados ao abrigo do acordo-quadro e o objecto do próprio acordo-quadro.

Neste sentido, dispõe o artigo 33.º, n.º 2, terceiro parágrafo, da Directiva que “[o]s contratos baseados num acordo-quadro não podem em caso algum introduzir modificações substanciais nas condições estabelecidas no acordo-quadro, designadamente no caso a que se refere o n.º 3”, isto é, no caso de acordos-quadro celebrados com um único operador económico (situação na qual, evidentemente, por não existir concorrência, devem ser acrescidas as restrições ao poder da entidade adjudicante de determinar a modificação das prestações contratuais).

Esta previsão deve, portanto, ser conjugada com o disposto no artigo 72.º, n.º 4 da Directiva, nos termos do qual a modificação de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência é considerada “substancial”, para este efeito, “quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente”.

Em especial, uma modificação será substancial se se verificar alguma das seguintes situações ⁴⁵:

- a) A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso;

⁴⁴ Como exige o artigo 67.º, n.º 4 da Directiva 2014/24/UE.

⁴⁵ Passamos a citar as alíneas a) a d) do n.º 4 do artigo 72.º De referir que estas alíneas consagram requisitos já trabalhados pela jurisprudência comunitária (sobre esta, cf. Pedro NUNO RODRIGUES, *A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 18 a 24, bem como Licínio LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas – O modelo normativo do regime do contrato administrativo e no contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financieiro)*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 391 e seguintes) e, na sua sequência, também pelos Tribunais dos Estados-membros (entre nós, cf., por todos, o interessantíssimo Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 21 de Março de 2013, processo n.º 09580/12, www.dgsi.pt). No sentido de que a Directiva consagra, nesta parte, uma regra de *minimis*, cf. Carina RISVIG HAMER, “Regular purchases...”, cit., p. 205.

- b) A modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial;
- c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro; ou
- d) O adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º da Directiva ⁴⁶.

Em suma, um acordo-quadro ou um contrato pode ser modificado “sem novo procedimento de contratação” se tais modificações, “independentemente do seu valor, não forem substanciais”, conforme definido em alguma das alíneas acima mencionadas ⁴⁷; se o forem, a sua introdução obriga “a novo procedimento de contratação”, nos termos da Directiva 2014/24/UE ⁴⁸, sob pena de, assim não sucedendo, as entidades adjudicantes deverem estar habilitadas (pela legislação nacional aplicável, na sequência da transposição da Directiva) a resolver o contrato, com fundamento na preterição do procedimento pré-contratual exigível para a modificação daquele ⁴⁹.

16. Passando agora a outro ponto, cumpre ainda referir que, em princípio, o período de vigência de um acordo-quadro não pode exceder quatro anos, como resulta do terceiro parágrafo do n.º 1 do artigo 33.º da Directiva 2014/24/UE ⁵⁰.

⁴⁶ Ou seja, a substituição do adjudicatário inicial não é motivada por (i) uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, por (ii) uma transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de uma operação de reestruturação (incluindo uma OPA, fusão e aquisição), nem pela (iii) assunção, pela própria entidade adjudicante, das obrigações do co-contratante para com os seus subcontratados. Referindo, no entanto, que a saída de co-contratantes ou a sua fusão conduz à diminuição da concorrência do “mercado” do acordo-quadro e que, nesse sentido, pode discutir-se se o acordo-quadro deverá manter-se ou cessar a sua vigência, cf. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 1168.

⁴⁷ Cf. artigo 72.º, n.º 1, alínea e). Ou, na expressão do nosso Supremo Tribunal Administrativo, são alterações não substanciais ao acordo-quadro aquelas “que não firam a sua substância” (cf. Acórdão de 30 de Janeiro de 2013, processo n.º 0878/12, www.dgsi.pt).

⁴⁸ Cf. artigo 72.º, n.º 5.

⁴⁹ Cf. artigo 73.º, alínea a).

⁵⁰ Nos denominados “sectores especiais” o prazo máximo corresponde ao dobro: oito anos (cf. artigo 51.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Directiva 2014/25/UE). A Nota Explicativa da

Não obstante, esta mesma norma ressalva que tal prazo pode ser prorrogado “em casos excepcionais devidamente justificados, nomeadamente pelo objeto do acordo-quadro”⁵¹. Um exemplo que permitiria, à luz das Directivas, a prorrogação do prazo do acordo-quadro seria o de “os operadores económicos precisarem de dispor de equipamento cujo período de amortização seja superior a quatro anos e que deva estar disponível em qualquer momento de todo o período de duração do acordo-quadro”⁵². Trata-se de uma ideia coerente com a lógica – subjacente a todos os contratos públicos, em particular os de concessão⁵³ (mas não só) – de que a duração do contrato deve atender, não apenas ao período necessário para a execução das prestações que integram o seu objecto, mas também ao tempo estimado para a amortização do investimento feito pelo co-contratante para o efeito. Numa preocupação de assegurar o equilíbrio contratual e a viabilidade económica do contrato, faz todo o sentido que o contrato deva permanecer em vigor tempo suficiente para permitir ao co-contratante receber o retorno pelo investimento efectuado, sob pena de o contrato se revelar ruinoso.

17. No que respeita aos contratos celebrados ao abrigo do acordo-quadro, a Directiva ressalva expressamente a exigência de que a sua adjudicação ocorra durante a vigência do acordo-quadro⁵⁴. Trata-se de uma proposição evidente: só enquanto o acordo-quadro estiver em vigor a entidade adjudicante se encontra habilitada a recorrer a este instrumento contratual para adquirir as obras / bens / serviços que integram o respectivo objecto.

Comissão Europeia associa o prazo-limite de quatro anos a um apelo à concorrência (através da reabertura periódica ao mercado) e à preocupação de evitar o surgimento de fornecedores dominantes.

No mesmo sentido, cf. Cláudia VIANA, “O Acordo-Quadro”, cit., p. 17, bem como Lara SOFIA PINTO, *Os Acordos-Quadro...*, cit., p. 48.

⁵¹ Cf., em sentido idêntico, o artigo 51.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Directiva 2014/25/UE.

⁵² Cf. Considerando (62), segundo parágrafo, da Directiva. O artigo 256.º, n.º 2 do CCP admite esta prorrogação excepcional, em termos genéricos, quando a mesma se revelar “necessária ou conveniente em função da natureza das prestações objecto desse acordo quadro ou das condições da sua execução”. No sentido de que esta redacção se apresenta como um compromisso entre as redacções propostas pela Comissão Europeia e pelo Parlamento Europeu durante a discussão do projecto da Directiva, cf. Carina RISVIG HAMER, “Regular purchases...”, cit., p. 202.

⁵³ Cf., para comprovação desta afirmação, o disposto no artigo 410.º do CCP.

⁵⁴ Cf. Considerando (62), primeiro parágrafo, da Directiva.

Daqui não se conclua, todavia, que o termo do prazo de vigência do acordo-quadro implica a caducidade dos contratos celebrados ao seu abrigo e a impossibilidade de (continuação da) execução, para lá dessa data, das prestações anteriormente contratadas. Na verdade, e este é um esclarecimento importante por parte da Directiva, só a adjudicação do contrato (mas não, necessariamente, a sua execução integral) deve ocorrer antes do termo do prazo de vigência do acordo-quadro, sendo portanto admissível que o contrato continue a ser executado mesmo depois de expirado o acordo-quadro que esteve na origem da sua celebração.

É isto que resulta, claramente, do Considerando (62), primeiro parágrafo, da Directiva, que estabelece que “a duração dos contratos individuais baseados num acordo-quadro não terá de coincidir com o período de vigência desse acordo-quadro, podendo ser mais longa ou mais curta, consoante o caso”. Neste particular, o legislador comunitário pretende, muito em especial, que as entidades adjudicantes não estejam limitadas por uma duração rígida e pré-definida, mas sim que disponham da flexibilidade para moldar o período de duração do contrato com base em diversos factores relevantes, como sejam “o tempo necessário para a sua execução, caso seja incluída a manutenção de equipamento com uma vida útil prevista de mais de quatro anos ou caso o pessoal tenha de receber formação intensiva para executar o contrato” (cf. mesma passagem citada).

Estranha-se é que um aspecto tão relevante do regime de funcionamento dos acordos-quadro conste unicamente de um Considerando da Directiva e não, como seria curial, de uma norma expressa do respectivo articulado – o que parece dar razão à doutrina que observa ser “uma nota característica desta nova diretiva” a de os seus “piedosos considerandos” conterem várias “ideias programáticas (nem sempre coerentes entre si)” que “não passaram depois, consequentemente, para o respetivo conteúdo dispositivo-normativo”⁵⁵.

De todo o modo, conclua-se, se é certo que a Directiva exige que entre o acordo-quadro e os contratos celebrados ao seu abrigo exista uma estrita identidade *subjectiva* (orgânica/pessoal) e uma quase integral identidade *objectiva* (ou material)⁵⁶, não é impescindível, por seu turno, uma absoluta identidade *temporal*, na medida em que só a adjudicação dos contratos, e já não

⁵⁵ A crítica é de João AMARAL E ALMEIDA, “A adjudicação em caso de empate entre propostas”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 8, Maio-Agosto de 2013, p. 109.

⁵⁶ Sem prejuízo da possibilidade de introdução de modificações “não substanciais” aos contratos celebrados, conforme acima se referiu.

a sua execução, deve encontrar-se concluída na data de cessação de vigência do acordo-quadro ⁵⁷.

18. A terminar, uma última observação para assinalar que, como toda a actividade administrativa, também a decisão de recurso a um acordo-quadro conhece limitações jurídicas.

Sem prejuízo de outras, assinalaremos aqui apenas as duas que nos parecem mais importantes neste domínio, a do *respeito pela concorrência* e a da *adequação*.

Quanto à primeira, e como resulta do Considerando (61), terceiro parágrafo, da Directiva, os acordos-quadro “*não deverão ser utilizados de forma abusiva ou de modo a impedir, restringir ou falsear a concorrência*”. Embora, mais uma vez, esta limitação conste apenas de um Considerando e não de uma norma do articulado da Directiva ⁵⁸, tal “degradação intra-sistemática”, apesar de criticável (sobretudo pelo contraste com a Directiva antecedente), não tem repercussões sobre a respectiva natureza jurídica, até porque, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Directiva, as entidades adjudicantes sempre estariam impedidas de configurar os procedimentos pré-contratuais por si lançados de forma a “*reduzir artificialmente a concorrência*”, isto é, com o “*intuito*

⁵⁷ Como se referiu, neste ponto a Directiva limita-se a *esclarecer* aquele que já era o entendimento dominante, de resto defendido pela Comissão Europeia (cf. p. 5, nota 16 da Nota Explicativa) e pela doutrina (cf., entre nós, Cláudia VIANA, “O Acordo-Quadro”, cit., p. 17, bem como Lara SOFIA PINTO, *Os Acordos-Quadro...*, cit., pp. 49 e 50). De ressaltar, no entanto, que a liberdade de as entidades adjudicantes celebrarem contratos a serem executados depois do termo da vigência do acordo-quadro não é ilimitada e a sua actuação deve ser balizada, também aqui, pelo princípio da proporcionalidade, sobretudo quando a execução do contrato se desenrola largamente para lá daquele termo (neste sentido, cf. Albert SÀNCHEZ GRALLS, “Framework agreements...”, cit., bem como Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., pp. 1176 e 1177). A ideia, claro está, é a de que as entidades adjudicantes não podem servir-se desta faculdade para “prolongarem” artificialmente a duração do acordo-quadro, por via dos contratos individuais celebrados ao seu abrigo.

⁵⁸ Ao contrário do que se verifica na Directiva 2014/25/UE (onde idêntica previsão se encontra consagrada no artigo 51.º, n.º 2) e do que sucedia, também, no artigo 32.º, n.º 2, quinto parágrafo, da anterior Directiva 2004/18/CE. Entre nós, semelhante proibição encontra acolhimento legal expresso no artigo 252.º, n.º 2 do CCP.

No sentido de que o Tribunal de Justiça continuará a entender que os acordos-quadro não podem ser utilizados de forma a restringir ou falsear a concorrência, com base no Considerando (61) desta nova Directiva, cf. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 1178.

de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”. Tal implica, nomeadamente (mas não só), não estabelecer requisitos excessiva e injustificadamente exigentes nas peças do procedimento conducente à celebração do acordo-quadro, seja no que se refere aos requisitos de qualificação dos co-contratantes, seja no que respeita às especificações técnicas e condições de execução dos contratos a celebrar ao abrigo do acordo-quadro ⁵⁹.

Quanto à segunda limitação a que acima aludimos, prende-se a mesma, tão-somente, com a constatação de que cada instrumento “serve para o que serve”, pelo que “*a mera circunstância de a legislação nacional e comunitária prever a possibilidade de serem celebrados (...) acordos quadro que sirvam de base a futuros contratos não permite, só por si, fundamentar a conclusão de que tal técnica é adequada para a aquisição de todos os tipos de obras, bens ou serviços*” ⁶⁰. Na verdade, como resulta também do Considerando (69) ⁶¹, o acordo-quadro constitui um “*instrumento especialmente destinado à satisfação de necessidades frequentes, repetitivas e de grande volume das entidades adjudicantes*” ⁶², concebido “*sobretudo para a satisfação de necessidades correntes ou frequentes das entidades adjudicantes, para contratação em massa ou com relevantes segmentos de “estandardização”*” ⁶³. Neste sentido, será *inadequado* (sob o prisma dos princípios da proporcionalidade e da prossecução do interesse público) utilizar o acordo-quadro, seja para aquisições esporádicas e não reiteradas, seja, particularmente, para a aquisição de obras / bens / serviços cujas características (v.g., complexidade técnica) manifestamente exorbitem o “padrão comum” ⁶⁴ ou cuja rapidez de

⁵⁹ A título de curiosidade, registre-se um caso interessante, decidido pelo Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 4 de Março de 2010, processo n.º 05805/09, no qual aquele Tribunal entendeu que “[u]ma entidade adjudicante, que pretende estabelecer um acordo-quadro que vai sofrer na sua vigência alterações, pode exigir que os concorrentes demonstrem que detêm a exclusividade das marcas com que concorrem, para assim poderem manter a marca do produto fornecido ao longo do acordo”, e que, nesse sentido, seria “*legal exigir que a marca esteja registada*” (cf. www.dgsi.pt).

⁶⁰ Cf. João AMARAL e ALMEIDA e Pedro FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A formação...”, cit., p. 307.

⁶¹ Na passagem em que refere que “[a]s autoridades adjudicantes para as quais é celebrado um acordo-quadro deverão poder utilizá-lo para aquisições individuais ou repetitivas”.

⁶² Cf. Cláudia VIANA, “O Acordo-Quadro”, cit., pp. 12 e 13, e ALEXANDRA LEITÃO, *Lições...*, cit., p. 204.

⁶³ Cf. Mário ESTEVES DE OLIVEIRA e Rodrigo ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., p. 40. No mesmo sentido, cf. também Alexandra LEITÃO, *Lições...*, cit., p. 196.

⁶⁴ Defendendo que os serviços de vigilância e de segurança, até pelas especificidades do seu regime legal, não são suficientemente padronizados para serem (validamente) adquiridos

evolução possam tornar o acordo-quadro obsoleto ao fim de pouco tempo, como sucede, tipicamente, no mercado das comunicações e das tecnologias de informação^{65 66}.

19. Em suma, como começou por se referir, em matéria de acordos-quadro a Directiva 2014/24/UE, no essencial, mantém o regime já consagrado na Directiva 2004/18/CE, aproveitando para esclarecer três pontos em particular: (i) o da natureza fechada do acordo-quadro, (ii) o dos procedimentos de aquisição ao abrigo de um acordo-quadro (e suas regras) e (iii) a da ausência de coincidência temporal entre o período de vigência dos acordos-quadro e o período de execução dos contratos celebrados ao seu abrigo.

Nada, portanto, que deva preocupar especialmente o legislador Português, quando proceder à transposição desta Directiva para o nosso ordenamento interno. O novo regime comunitário aplicável à contratação pública coloca, de facto, diversos desafios aos Estados-membros, mas não nesta sede.

através de um acordo-quadro, cf. João AMARAL e ALMEIDA e Pedro FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A formação...”, cit., pp. 306 a 312.

⁶⁵ Cf., com referências à discussão deste problema na Alemanha, Lara SOFIA PINTO, *Os Acordos-Quadro...*, cit., pp. 30 e 31.

⁶⁶ É verdade que, no nosso ordenamento, “a entidade adjudicante pode actualizar as características dos bens ou dos serviços a adquirir ao abrigo do acordo quadro”, desde que tal se encontre “expressamente previsto no caderno de encargos relativo ao acordo quadro”, “se mantenha o tipo de prestação e os objectivos das especificações fixadas” e que “tal se justifique em função da ocorrência de inovações tecnológicas” (cf. artigo 257.º, n.º 3 do CCP; vide, sobre esta matéria, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 9 de Junho de 2011, processo n.º 07072/10, já acima citado).

No entanto, até pela (compreensível) rigidez dos pressupostos legalmente estabelecidos para a “actualização” das características dos bens e serviços a adquirir, seria uma ilusão pensar que esta pode ser uma via para “contornar” um indevido recurso ao acordo-quadro e resolver *todos e quaisquer problemas* provocados pelo desenvolvimento do mercado durante a sua vigência.

Procedimento por Negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso *

JOANA DUARTE COSTA

Investigadora CEDIPRE

Membro do Grupo de Contratação Pública

CÁTIA SOUSA

Investigadora CEDIPRE

Membro do Grupo de Contratação Pública

1. Introdução

A forte preocupação da União Europeia em alcançar a harmonização dos procedimentos de contratação pública utilizados pelos Estados-Membros é, desde já há algum tempo, uma realidade incontestada. Esse objectivo tem sido prosseguido, não só, com recurso às directivas de contratação pública, que além de tornar obrigatória a transposição das matérias nelas contidas para o direito interno dos mesmos Estados – e que note-se, como bem assinala Miguel Assis Raimundo¹, têm vindo a tornar-se cada vez mais concretas, diminuindo assim em larga medida a margem de manobra que é tipicamente característica deste tipo de documento normativo – proíbem a co-existência de outras normas nacionais com elas incompatíveis, mas também através de outros instrumentos que auxiliam a realização desse fim de forma mais eficaz, algo de que é um excelente exemplo a Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (2006/C 179/02). O procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio não poderia, por tudo aquilo que implica, ser

* O presente artigo encontra-se redigido ao abrigo das regras anteriores ao acordo ortográfico de 1990.

¹ Miguel ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, AAFDL, 2013, p. 534.