

Salvador, J. (2021). *Ranking: Os sete maiores produtores de diamantes do mundo em 2020*. Forbes África Lusófona. <https://www.forbesafricalusofona.com/ranking-os-sete-maiores-produtores-de-diamantes-do-mundo-em-2020>

Angola foi o maior produtor subsariano de petróleo (2022).

<https://www.jornaldeangola.ao/ao/noticias/angola-foi-maior-produtor-subsariano-de-petroleo>
Concessionária contém derrame em cabinda (2022). <https://www.jornaldeangola.ao/ao/noticias/concessionaria-contem-derrame-em-cabinda/>

Curso sobre a Indústria Extrativa. (s.d.). www.learn.agora-parl.org

Guia Fiscal da Deloitte (2021). Angola.

UC Responsabilidade na Gestão Financeira das Instituições Públicas - Curso de Pós-Graduação em Finanças Públicas.

Procedimentos Fechados de Contratação Pública e Contratos Excluídos da Lei dos Contratos Públicos

**LALAHINKA QUEIROZ, LEONARDO ANTÓNIO,
MAGDALA LEMOS, MARIA FERREIRA,
STELLA PEREIRA**

Introdução

Uma das funções da Administração Pública é a satisfação das necessidades coletivas através de atos, contratos públicos e demais instrumentos geradores de despesas públicas.

A Administração Pública, enquanto ente responsável pela realização das necessidades coletivas, estabelece relações comerciais com agentes económicos públicos e privados. As aludidas relações comerciais regem-se segundo um bloco de normas e regras, a que se dá o nome de *Regime Jurídico da Contratação Pública*.

Entendemos, por regime de Contratação Pública, o conjunto de normas e princípios que regulam o negócio jurídico contratual, celebrado entre o Estado e as entidades Privadas com quem este contrata, permitindo assim a criação de um ambiente de negócio livre, baseado na concorrência e na transparência, logo, mais vantajoso para a economia do Estado.

O êxito da atividade de gestão de recursos públicos passa por um eficaz controlo da observância das exigências legalmente previstas para a execução das despesas preconizadas e por uma eficiente fiscalização por parte de entidades superiores e independentes de controlo.

Comummente, a ação de controlo é desenvolvida por órgãos inseridos dentro da própria entidade controlada (controlo interno) ou, diversamente, por órgãos estranhos à entidade controlada (controlo externo).

**Regime Jurídico da
Contratação Pública
conjunto de normas e
princípios que regulam o
negócio jurídico contratual,
celebrado entre o Estado
e as entidades Privadas
com quem este contrata,
permitindo assim a criação de
um ambiente de negócio livre,
baseado na concorrência
e na transparência, logo,
mais vantajoso para a
economia do Estado.**

A Assembleia Nacional e o Tribunal de Contas de Angola são os órgãos responsáveis pelo controlo externo das Finanças Públicas de Angola.

Uma das finalidades do Tribunal de Contas, enquanto guardião das contas públicas é a Fiscalização Preventiva da legalidade dos atos e Contratos geradores de despesas públicas. Constitui uma competência própria deste órgão, tipificada pelos normativos da alínea c) do artigo 6.º da Lei n.º 13/10, de 9 de julho, Lei Orgânica e do Processo do Tribunal de Contas (adiante designada LOPTC), conjugado com o n.º 3 do artigo 8.º da Lei n.º 19/19, de 14 de agosto (abreviadamente designada LALOPTC).

O presente estudo tem como objetivo fazer uma breve incursão sobre a Fiscalização Prévia do Tribunal de Contas, relativamente aos atos e contratos praticados ou celebrados por entidades públicas, tendo em conta as regras de Contratação Pública.

Breve Referência Histórica na Perspetiva Institucional (Tribunal de Contas) e o Contexto Legal da Contratação Pública Angolana

Do ponto de vista institucional e histórico, o Tribunal de Contas resulta do processo de revisão constitucional iniciado em 1991, tendo sido previsto, no artigo 125.º da Lei n.º 23/92, de 16 de setembro, que aprova a Lei de Revisão Constitucional, a consagração deste órgão supremo de fiscalização das contas públicas.

Com aprovação da Lei n.º 5/96, de 12 de abril, foi criado o Tribunal de Contas, estabelecendo-o, no seu artigo 1.º, como “*Órgão Judicial especialmente encarregue de exercer a fiscalização financeira do Estado e demais pessoas coletivas públicas que a lei determinar*”.

No entanto, somente após a aprovação do Decreto n.º 23/01 de 12 de abril, que Aprova o Regulamento do Tribunal de Contas, e do Decreto n.º 24/01, também de 12 de abril, que aprova o Regime e a Tabela de Emolumentos do Tribunal de Contas, é que o Tribunal entrou em efetivo funcionamento.

Com a entrada em vigor da Constituição da República de 2010 (CRA), afigurava-se necessário conformar a legislação do Tribunal à nova realidade constitucional e aglutinar, num único diploma legal, os regimes substantivos e adjetivos da disciplina jurídica do Tribunal. Foi neste contexto aprovada a Lei n.º 13/10, de 09 de julho - Lei Orgânica e do Processo do Tribunal de Contas.

Até meados de 2019, a atuação do Tribunal de Contas insidia apenas no Controlo Preventivo e Controlo Sucessivo, nos termos dos artigos 61.º a 70.º e 72.º a 81.º, todos da LOPTC.

Com as inovações plasmadas na Lei n.º 19/19, de 14 de agosto, Lei que Altera a Lei Orgânica e do Processo do Tribunal de Contas, abreviadamente LALOPTC, estendeu também a sua atividade a Fiscalização Concomitante, nos termos do previsto na alínea k) do artigo 6.º e a alínea a) do artigo 9.º-A da LALOPTC.

Relativamente à Contratação Pública em Angola, a mesma existe desde o momento em que Angola se conhece como Estado independente. Portanto, não é nova no ordenamento jurídico angolano e é, por si só, um instituto transversal ao processo da contratação. Este poder indenegável, inalienável para o Estado, de facto, circunscreve-se na satisfação das necessidades coletivas.

A Contratação Pública teve como antecedente o Decreto n.º 48 871, de 19 de fevereiro, de 1969, que regulava o regime jurídico de Empreitadas de Obras Públicas. Porém, o mesmo apresentava disposições apenas para Empreitadas de Obras Públicas e definia os tipos de procedimentos a serem adotados para contratação desta tipologia de contratos, contendo toda a estrutura

Tribunal de Contas Órgão Judicial especialmente encarregue de exercer a fiscalização financeira do Estado e demais pessoas coletivas públicas que a lei determinar

do procedimento bem como da sua materialização. O Decreto n.º 48 871, de 19 de fevereiro, de 1969, manteve-se em vigor até à independência.

Em 1992, o Estado angolano adotou o modelo económico de Economia de Mercado e, para sua implementação, uma das medidas foi a aprovação do Decreto n.º 22-A/92, de 22 de maio, que também veio regular o regime jurídico de Empreitada de Obras Públicas, revogando o Decreto n.º 48 871, de 19 de fevereiro.

Este novo diploma foi quase que uma réplica do anterior. Não trouxe grandes soluções, acrescentando apenas o regime jurídico das Empreitadas por Tarefas e as Empreitadas por Chave na Mão. Nesta altura, não existia qualquer diploma que regulamentasse sobre aquisições de bens e serviços.

Posteriormente, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 16-A/95, de 15 de dezembro, que, apesar de tratar a matéria da atividade e do procedimento administrativo, também comportava um capítulo específico sobre os procedimentos administrativos a adotar para a celebração dos Contratos Administrativos.

No ano seguinte, foi aprovado o Decreto n.º 07/96, de 16 de fevereiro, onde finalmente foi instituído o regime jurídico de realização de despesa públicas, Prestação de Serviços e Aquisição de Bens, seguido do Decreto n.º 26/00, de 12 de maio, referente à Aquisição, Uso e Abate de Veículos do Estado.

O Decreto n.º 22- A/92, de 22 de maio, vigorou até 2005, altura que foi aprovado o Decreto n.º 40/05, de 08 de junho, que regulava o Regime Jurídico de Empreitadas de Obras Públicas, ou seja, veio revogar todo o regime anterior sobre a matéria.

Em 2010, o contexto político e constitucional do País sofreu uma mudança, tendo sido neste ano aprovada a Constituição da República de Angola, em substituição da Lei Constitucional, concorrendo com o facto de haver muitas

lacunas nos diplomas até então em vigor. Foi aprovada a Lei n.º 20/10, de 07 de setembro, “Lei da Contratação Pública” que, sem sombra de dúvidas, constituiu um marco histórico em matéria de Contratação Pública angolana. Por outro lado, esta lei teve também como fundamento unificar, num único diploma, a disciplina jurídica de contratação de Empreitada de Obras Públicas, de Aquisição de Bens, Aquisição de Serviços e de Concessão de Obras e de Serviços Públicos.

Em 2016, foi aprovada a Lei n.º 9/16, de 16 de junho que, para além de vir alterar a denominação do diploma para “Lei dos Contratos Públicos” para conformar a questão da unificação, num único diploma, do regime jurídico de todos os tipos de contratos, bem como a inclusão de normas e regras sobre o processo de formação e sobre o processo de execução (fase pré e pós-contratual), foi aprovada, igualmente, com o objetivo de modernizar e simplificar os procedimentos de Contratação Pública. A mesma vai mais longe, quando comparada com as anteriores, pois unifica e uniformiza o regime de formação e de execução dos Contratos Públicos.

Trouxe novidades, como a consagração do procedimento de Contratação Simplificada (em substituição do Ajuste Direto constante da Decreto n.º 7/96 de 16 de fevereiro, ou do procedimento de Negociação constante da Lei n.º 20/10, de 07 de setembro), aplicável nos termos da sua adoção pelo critério de valor, bem como por situações materiais que justifiquem a adoção de um procedimento não concorrencial. Trouxe, ainda, a eliminação da fase de qualificação neste tipo de procedimento fechado, que se pretende, por razões devidamente fundamentadas, que seja célere e pouco burocrático, logo, não fazendo sentido uma fase própria de um procedimento aberto e concorrencial, clarificando a diferença entre este procedimento e o Concurso Limitado por Prévia Qualificação, eliminando o procedimento de Negociação e instituindo um novo regime sobre Acordos Quadros como instrumentos de contratação especial.

A Lei n.º 9/16, de 16 de junho, teve um curto período de vigência, em relação aos demais textos que a antecederam, acabando também por ser revista pela Lei n.º 41/20, de 23 de dezembro, com o intuito de reajustar normas, suprir lacunas e conferir mais eficiência e eficácia na formação e execução dos contratos públicos.

A nova lei introduziu melhorias no regime legal anterior, no âmbito subjetivo, tendo clarificado, em especial, a situação das empresas de domínio público, sujeitando-se às regras da contratação pública. Regulamentou um novo procedimento de formação de Contratos Públicos, como é o caso da Contratação Emergencial, com o objetivo de fazer face as situações imprevisíveis e de emergência, a previsão de contratos reservados quando estejam em causa serviços de saúde, serviços sociais ou de ensino. Nota-se, também, que foi feito um ajuste ao procedimento Dinâmico Eletrónico, que visa permitir

adjudicações em menos de 24 horas. Estabeleceu um carácter facultativo à exigência da prestação da Caução para contratos cujos valores estejam abaixo dos limites para Fiscalização Preventiva do Tribunal de Contas, estabelecidos pela Lei do OGE, e acima desse valor estabeleceu um valor mínimo correspondente a 5% do valor da proposta adjudicada, com vista a garantir a pronta e correta execução do contrato, entre outros aspetos.

Assim, concluímos que a contratação pública angolana não permaneceu estanque, sofreu bastantes transformações, das quais resultou o atual regime jurídico previsto na LCP.

Atividade do Tribunal de Contas em Sede da Fiscalização Prévia dos Contratos Públicos

À semelhança do que está estatuído na Constituição da República Portuguesa (CRP), no ordenamento jurídico angolano, o Tribunal de Contas está inserido no Capítulo IV, que estabelece a composição do Poder Judicial¹ (artigo 179.º CRA), estando, deste modo, ao lado dos demais Tribunais Superiores, com as particularidades que o caracterizam por ser qualificado como um dos órgãos de soberania responsável pela administração da justiça. A propósito, dizia Moreno (2006): “O Tribunal de Contas (...) deve ser caracterizado como um tribunal profundamente diferenciado dos demais, já que só uma parte dos atos que pratica e das atividades que desenvolve revestem natureza jurisdicional” (p. 298).

Conforme refere Tavares (1998), “... os poderes de controlo do Tribunal de Contas podem ser distinguidos em função da natureza, conteúdo e momento.” (p. 46) Segundo o critério do momento, o controlo do Tribunal pode ser exercido através da Fiscalização Preventiva, Concomitante e Sucessiva.

A atividade de controlo prévio (*a priori* ou preventivo) é exercida sobre atos e contratos geradores de gastos públicos antes da realização das respetivas operações financeiras, isto é, antes da execução do contrato e é efetivada através do Visto, da sua Recusa ou da Declaração de Conformidade (n.º 2 do artigo 8.º conjugado com n.º 1 do artigo 66.º todos da LOPTC).

Diz Tavares (1998): “A competência é o conjunto dos poderes funcionais (jurisdicionais, não jurisdicionais, de fiscalização prévia e sucessiva de controlo da legalidade) conferidos pela Constituição e pela lei ao Tribunal de Contas (...)” (p. 40).

¹ O poder judicial angolano está composto por várias Tribunais com funções distintas, a jurisdição financeira cabe ao Tribunal de Contas.

Nos termos da alínea c) do artigo 6.º da LOPTC, compete ao Tribunal de Contas fiscalizar, preventivamente, a legalidade dos atos e dos contratos geradores de despesas ou que representem responsabilidade financeira das entidades que se encontram sob a sua jurisdição.

O âmbito material da fiscalização prévia está previsto no n.º 3 do artigo 8.º da LOPTC (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 19/19, de 14 de agosto), e compreende o seguinte:

- Os contratos de qualquer natureza, de valor igual ou superior ao fixado na Lei do Orçamento Geral do Estado ou em norma equiparada da administração autárquica;
- As minutas dos contratos identificados na alínea anterior, quando venham a celebrar-se por escritura pública e os correspondentes encargos tenham de ser satisfeitos no ato da sua celebração, devendo o notário anexar cópia da resolução do Tribunal à respetiva escritura;
- Os instrumentos da dívida pública fundada e os contratos e outros instrumentos de que resulte o aumento da dívida pública das entidades sujeitas à jurisdição do Tribunal;
- Os contratos de arrendamento cujo valor exceda o equivalente, em Kwanza, a USD 500 000,00 ao ano;
- Os contratos de financiamento externo ao Estado, no âmbito dos projetos de investimentos públicos.

Uma vez realizado(s) o(s) procedimento(s) e assinado(s) o(s) contrato(s), deve(m) ser submetido(s) à Fiscalização Preventiva até 30 dias após a sua celebração, ou 60 dias após a aprovação pelo órgão competente para autorizar a realização da despesa.

Quando os contratos dão entrada no Tribunal é feito um registo administrativo na Secretaria-Geral, o registo processual é feito na Contadoria Geral. O prazo para o Tribunal declarar Visto Tácito é de 30 dias a contar da data de entrada no Tribunal. A contagem do prazo é interrompida, se forem solicitados elementos em falta ou adicionais, voltando a contar na data em que o Tribunal receba as informações solicitadas.

A Fiscalização Preventiva tem como finalidade, (i) verificar a legalidade e a regularidade dos atos e dos contratos; (ii) confirmar a existência de disponibilidade financeira do ato ou contrato gerador de despesa.

Conforme previsto no artigo 63.º da LOPTC, é fundamento de recusa do visto a não conformidade do ato com a lei ou a inexistência de cobertura orçamental para suportar os encargos financeiro decorrentes do contrato. A entidade fiscalizada dispõe de 15 dias, após receber a notificação de recusa, para remeter ao Tribunal cópia da anulação da respetiva Nota de Cabimentação orçamental (no caso da inexistência desse documento não ser a causa da recusa).

Como nos referimos anteriormente, a Fiscalização Prévia é efetivada através do visto ou da sua recusa. O n.º 7 do artigo 8.º da LOPTC estipula que os *“atos e contratos sujeitos à fiscalização preventiva do Tribunal são juridicamente ineficazes até que se obtenha o respetivo o visto, após o que a sua execução pode ser iniciada”*.

Através do exposto, é possível compreender a importância do Visto prévio do Tribunal, enquanto ato condicionante da eficácia jurídica e financeira dos contratos abrangidos pelo controlo prévio, i. e., não devendo ser efetuado nenhum ato de execução física e financeira sem a atribuição do Visto. A Declaração de Conformidade produz os mesmos efeitos que o Visto concedido.

Procedimentos a Adotar na Formação dos Contratos Públicos

O procedimento administrativo pré-contratual consiste na sucessão de atos e formalidades determinados por lei, impulsionados pela Entidade Pública Contratante (EPC), com vista à celebração de um contrato.

Segundo, Amaral & Feijó (2016), Contrato Administrativo, é o *“acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa”*. (p.638)

Apesar destes tipos de contratos refletirem uma vontade bilateral, os mesmos são regidos pelo Direito Administrativo, sendo que aqui a EPC, em sentido lato, encontra-se despida do seu poder de *ius imperium*.

A propósito do que se deve entender por Contratos Públicos, propugna-se a definição dada por Gonçalves (2021), segundo quem *“...é o Contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicatárias que tenha por objeto a execução de obras, fornecimento de produtos ou prestação de serviços”*. (p.27)

Do exposto, infere-se que nem todos os Contratos Administrativos são Contratos Públicos, estando intrínseco nesta diferenciação o critério da natureza de escolha do procedimento, sendo que estes contratos e os respetivos procedimentos são retratados minuciosamente no regime consagrado na LCP.

Os procedimentos de contratação pública no ordenamento jurídico angolano são regulados, de forma genérica, pela LCP e, de forma específica, pelos Regimes de Aquisição especiais de alguns sectores (como é o caso do Código Mineiro para o sector diamantífero, da Agência de Petróleo e Gás, da Lei das Parcerias Público-Privadas para o sector das concessões e da escolha dos parceiros privados do Estado, o regime de Aquisições por objeto contratual do Ministério da Defesa, do Regime da Direção Nacional do Património,

do Ministério das Finanças para a Aquisição ou Locação de Bens Imóveis para o Estado e dos Regimes de Aquisições das Instituições de que Angola é parte, como é o caso, entre outros, do Banco Mundial e do Banco Africano de Desenvolvimento).

Têm como finalidade a escolha da melhor proposta apresentada pelo operador económico à EPC, com vista à adjudicação do contrato. A celebração do contrato é a última fase do procedimento de formação dos contratos, pelo que deve ser precedida da escolha de um dos procedimentos tipificados na lei.

Sempre que as Entidades Públicas pretenderem a celebração de um contrato público, via de regra, deverão adotar um dos procedimentos pré-contratuais plasmados no artigo 22.º da LCP, em respeito aos princípios da legalidade e da tipicidade, que abaixo se descrevem:

- › Concurso Público;
- › Concurso Limitado por Prévia Qualificação;
- › Concurso Limitado por Convite;
- › Procedimento Dinâmico Eletrónico;
- › Contratação Simplificada;
- › Procedimento de Contratação Emergencial.

Desta feita, as entidades sujeitas a LCP, devem seguir estritamente os limites e as formalidades impostas pelo procedimento que escolherem, não sendo permitida a aplicação de normas decorrentes de outros procedimentos que não sejam os escolhidos.

Os procedimentos pré-contratuais classificam-se tendo por base 4 critérios: (i) *o da dimensão do universo subjetivo*, (ii) *do modo de formação do Caderno de Encargos*, (iii) *da rigidez das propostas apresentadas* e do (iv) *objeto da escolha administrativa*. (Sousa & Matos, 2009, p. 89)

O critério da *dimensão do universo subjetivo* assenta nos princípios da concorrência e da publicidade, possibilitando ou limitando a participação de vários operadores económicos concorrerem e, conseqüentemente, apresentarem as suas propostas às EPC.

De acordo com este critério, os procedimentos pré-contratuais podem ser classificados como abertos, semiabertos e fechados.

Procedimentos Abertos: são os procedimentos que possibilitam a participação de qualquer operador económico, apresentando a sua proposta em consonância com o Programa do concurso e o Caderno de Encargos, elaborados pela EPC. Existe maior abertura para concorrência e é aqui mais vastamente aplicado, a título de exemplo, o Concurso Público. (Vide norma do artigo 67.º da LCP)

Procedimentos Semiabertos: são aqueles em que apenas os operadores económicos pré-selecionados, com base na capacidade técnica e financeira, podem apresentar as suas propostas, v.g., o Concurso Limitado por Prévia

Qualificação, Concurso Limitado por Convite e o Procedimento Dinâmico Eletrónico. Nestes tipos de procedimentos devem ser observados, entre outros princípios, o da publicidade e o da concorrência. (Vide norma do artigo 3.º da LCP)

Procedimentos Fechados: são aqueles em que apenas um operador económico é convidado a apresentar proposta, v.g., a Contratação Simplificada e o Procedimento de Contratação Emergencial. (Vide norma dos artigos 27.º a 31.º da LCP) No âmbito da LCP, enquadram-se na classificação de procedimentos pré-contratuais fechados a Contratação Simplificada e o Procedimento de Contratação Emergencial.

CrITÉRIOS de Determinação dos Procedimentos

Como referimos anteriormente, os procedimentos estão consagrados na LCP. No entanto, a sua escolha não deve ser feita de forma aleatória, mas sim de acordo com os fundamentos e critérios determinados na lei:

- (i) Da escolha do procedimento em função do valor estimado do contrato, nos termos do artigo 23.º da LCP, este é o regime regra para escolha do procedimento pré-contratual. Mas, o que devemos afinal entender por valor estimado?

Para efeito deste critério, o legislador ordinário desmistifica, nos termos do n.º 2 do artigo 23.º da LCP, a expressão “valor do contrato”, definindo-o como sendo o preço base que corresponde ao valor máximo que a EPC se dispõe a pagar como contrapartida da execução do contrato a celebrar.

Importa referir que, em função do valor estimado, o legislador ordinário consagrou como regime regra o Concurso Público e o Concurso Limitado por Prévia Qualificação como sendo os procedimentos pré-contratuais de adoção obrigatória pelas entidades adjudicatárias.

- (ii) Da escolha do procedimento em função de critérios materiais, poder-se-á eleger este critério, sempre que, “em função de determinados motivos não seja possível ou é desaconselhável desencadear-se um procedimento mais concorrencial.” (Serviço Nacional de Contratação Pública, 2016, p.32)

Procedimentos de Contratação Fechados

Nos termos do ponto anterior, a LCP prevê nas alíneas d) e f) do n.º 1 do artigo 22.º, dois procedimentos fechados, a Contratação Simplificada e a

Contratação Emergencial, indicando como critérios para a sua escolha, no caso do primeiro, o critério do valor estimado do contrato e, no caso do segundo, o critério material.

A LCP determina que a regra geral para a escolha e adoção dos procedimentos concursais está condicionada ao valor estimado do contrato que a EPC pretende celebrar. Todavia, em condições excecionais, a LCP estabelece que as EPC podem optar por procedimentos fechados, mais simplificados, menos burocráticos e menos morosos, ou seja, o legislador admite, em condições justificadas e devidamente fundamentadas, que as EPC possam excecionalmente observar a promoção de alguns dos princípios primordiais da disciplina da contratação pública, como é o caso do princípio da concorrência, da igualdade e da transparência.

A Problemática das Irregularidades nos Processos Submetidos ao Tribunal de Contas, no Âmbito dos Procedimentos de Contratação Fechados e Excluídos da Lei dos Contratos Públicos

A LCP determina critérios específicos para adoção da escolha dos procedimentos fechados sendo que, para Contratação Simplificada, a lei estabeleceu critérios taxativos, nos termos dos artigos 27.º a 30.º, e no caso da Contratação Emergencial a mesma consagrou critérios meramente exemplificativos, nos termos do artigo 31.º.

Entretanto, algumas questões se levantam quando, em sede de Fiscalização Preventiva, o Tribunal de Contas analisa os processos submetidos, constatando por vezes má interpretação e aplicação dos critérios de fundamentação para adoção de procedimentos fechados e, consequentemente, uma má instrução dos processos submetidos.

De forma generalizada, quanto aos critérios indicados na LCP, verifica-se de forma recorrente a não adoção dos critérios de fundamentação nem tão pouco o recurso a qualquer fundamento legal plausível para a escolha dos procedimentos fechados, ora vejamos:

a) Alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º da LCP

Uso e recurso indevido do fundamento para a adoção do procedimento de Contratação Emergencial na adoção do procedimento da Contratação Simplificada, uma vez que a alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º da anterior Lei da Contratação Pública, Lei n.º 9/16, de 16 de Julho, estipula que “Na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa, resultante de acontecimentos imprevisíveis, não imputáveis à Entidade Pública Contratante, não possam ser comprovadamente cumpridos os prazos ou formalidades previstas para os restantes

procedimentos de contratação pública”, atualmente, e com a aprovação da nova LCP, as EPC continuam a ter este fundamento que foi derogado (parcialmente revogado) e passou a constituir um fundamento para a adoção da Contratação Emergencial e não da Contratação Simplificada e o resultado deste uso indevido é a não instrução dos processos com os documentos a fundamentar a adoção do procedimento com base na Lei.

b) Alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º da LCP

Em relação ao fundamento indicado na alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º *“Em anterior Concurso Público, Concurso Limitado por Prévia Qualificação ou Concurso Limitado por Convite, nenhuma proposta tenha sido adjudicada ou nenhum interessado se tenha apresentado como concorrente ou candidato e desde que o caderno de encargos e, no caso do Concurso Limitado por Prévia Qualificação, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira não tenham sido substancialmente alterados”*.

As EPC, ao adotarem o procedimento de Contratação Simplificada, ficam limitadas ao envio do convite a apenas um operador económico e, independentemente das condições indicadas, a sua proposta é adjudicada por ser a única proposta, o que faz com que os processos remetidos padeçam de elementos que comprovem que aquela proposta era realmente a ideal e a mais vantajosa para os interesses do Estado, no sentido do valor contratual e da qualidade da Aquisição de Serviço, da Aquisição do Bem ou a realização da Empreitada de Obras Públicas.

c) Alínea e) do n.º 1, do artigo 27.º da LCP

Quanto ao fundamento da alínea e) do n.º 1, do artigo 27.º, *“Nos casos de financiamento externo, quando em decorrência de negociações, não seja possível promover procedimentos concorrenciais entre as várias empresas elegíveis, e existam limitações impostas pela entidade financiadora quanto à entidade a contratar, para a formação e execução de contratos comerciais sujeitos à presente Lei”*.

Os processos nem sempre são instruídos com os documentos que efetivamente comprovem a tramitação de um procedimento concursal sob as regras de Instituições Financeiras ou, quando algumas Entidades submetem uma Declaração de Não Objeção (mecanismo de avaliação e validação do processo de formação de contratos com financiamento externo), não se conseguindo aferir o alcance daquela. Por outro lado, levanta-se a problemática quanto à vinculação desta declaração para o Tribunal de Contas. Consequentemente, os processos não são instruídos com os documentos que comprovam que, dentre as entidades privadas, a adjudicada foi a ideal para contratar com o Estado nem se estão

os seus interesses defendidos no que diz respeito aos seus poderes de conformação atinentes à execução do contrato;

Outrossim, constatamos que alguns contratos celebrados com base no procedimento de Contratação Simplificada são instruídos com peças tanto deste procedimento como do Concurso Público, o que cria, em termos de entendimento, uma certa confusão. (Vide Acórdão n.º 24/FP/21, de 23 de julho)

d) O n.º 1 do artigo 31.º da LCP

Quanto aos fundamentos apresentados no n.º 1 do artigo 31.º para a adoção do procedimento da Contratação Emergencial *“Na medida do estritamente necessário e por motivos de emergência, resultante de acontecimentos imprevisíveis, não imputáveis à Entidade Pública Contratante, é adotado o procedimento de Contratação Emergencial, quando não possam ser comprovadamente cumpridos os prazos ou formalidades previstas para os restantes procedimentos de contratação pública”*, constata-se o seguinte:

Interpretação ambígua das expressões (i) na medida do estritamente necessário, (ii) por motivos de emergência e, (iii) resultante de acontecimentos imprevisíveis, uma vez que as EPC usam este fundamento como um “saco sem fundo” onde cabe uma panóplia de situações, tendo em conta a subjetividade com que cada Entidade tem conceituado cada uma das expressões, de tal sorte que, para determinada EPC, ao final do exercício económico, pode constituir fundamento razoável para a adoção da Contratação Emergencial a falta de bens essenciais de uma unidade sob sua gestão, bens esses que deveriam, no âmbito de uma gestão eficiente, constar do Plano Anual de Contratação dessa unidade, permitindo o recurso a um procedimento aberto e concorrencial, em obediência aos prazos e exigências legalmente exigidas para procedimentos abertos.

A adoção de procedimentos fechados sem a observância dos requisitos previstos na norma e sem a respetiva fundamentação, tem como consequência a nulidade do ato, nos termos do n.º 2 do artigo 33.º da LPC, conjugado com a alínea f) do artigo 76.º do Decreto-Lei n.º 16-A/95, de 15 de dezembro.

Como refere Otero (2016): *“a fundamentação consiste num discurso justificativo da solução decisória proposta ou já adotada, num propósito argumentativo da coerência do percurso do autor e do garantístico da sua controlabilidade pelos destinatários”*.

Dito isto, infere-se que o dever de fundamentação é sempre necessário, por estar em causa uma garantia do particular, cumprindo assim uma função de proteção jurídica que facilita a reação à decisão