

Contratação Pública e Fundos Europeus Estruturais e de Investimento: Breves considerações sobre uma intersecção sinuosa

José Luís Moreira da Silva / João Filipe Graça
Mestres em Direito / Advogados

I. Introdução

Numa era onde os *Fundos Europeus Estruturais e de Investimento* (adiante *Fundos Europeus*) assumem uma relevância dominante para a concretização de muitos projetos (públicos e/ou privados, nacionais e/ou europeus¹), notamos que a conexão desta temática com a *Contratação Pública* é indissociável (quer na ótica da escolha da entidade a quem atribuir os fundos, quer na ótica da escolha das entidades a quem atribuir, pelo promotor financiado, contratos de projeto), apesar de, por vezes, ambos poderem deter teleologias distintas, que podem contribuir para antagonismos entre os vários tipos de interesses a serem alcançados e implementados².

A relevância da intersecção entre *Fundos Europeus* e *Contratação Pública* decorre, desde logo, das políticas europeias de abertura dos mercados públicos e da boa aplicação e execução de fundos públicos, a que a atribuição de *Fundos Europeus* não poderia ficar alheia, bem como da necessidade, cada vez maior, que a Administração Pública atravessa na obtenção de financiamento e das inelutáveis restrições orçamentais existentes, facto bem patente nas duas primeiras décadas do *Século XXI*. Tomando o caso

português como exemplo, constatamos que, quanto aos *Fundos Europeus* subjacentes ao *Quadro Financeiro Plurianual* (“QFP”) para 2014 – 2020, Portugal dispôs de € 25,9 mil milhões de euros, sendo que até ao final de 2019 foram aprovados 352.000 projetos, cujo *montante total executado* foi de 11,6 mil milhões de euros³. Por seu turno, os montantes envolvidos na *Contratação Pública* e nas consequentes *compras públicas* também não são despiciendos: de acordo com a informação disponível à data pelo INSTITUTO DOS MERCADOS PÚBLICOS, DO IMOBILIÁRIO E DA CONSTRUÇÃO, I.P., só considerando o ano de 2018 (último ano global disponível), é possível constatar que o total de contratos públicos reportados ao Portal BASE atingiu € 7,032 mil milhões de euros, em resultado de 120.781 contratos outorgados⁴. Embora os montantes globais impressionem, a verdade é que, desse montante, desconhecemos a existência de informação pública⁵ que permita aferir o número e montante de adjudicações de contratos públicos que são suportados financeiramente por *Fundos Europeus*.

Tratando-se de investimentos diretos públicos, promovidos por entidades adjudicantes, a necessária relação com o regime de *Contratação Pública* é inevitável. Mas tratando-se de investimentos privados,

¹ Veja-se, o H2Scale, Projeto Importante de Interesse Europeu Comum (IPCEI na sigla inglesa), entre Portugal e a Holanda, para o Hidrogénio.

² Salientando esta realidade do ponto de vista da conflitualidade entre a prossecução do interesse público a nível europeu, nacional, regional e autárquico, VITAL MOREIRA, “*Administrações Públicas e Vicissitudes do Interesse Público*”, Administração Pública e Interesse Público. Dos últimos aos próximos 20 anos, Conselho Económico e Social, 2020, pp. 137 e ss.

³ Cfr., AGÊNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO E COESÃO, I.P., *Portugal 2020 – Relatório Anual 2019*, maio de 2020, cit., p. 13.

⁴ Cfr., INSTITUTO DOS MERCADOS PÚBLICOS, DO IMOBILIÁRIO E DA CONSTRUÇÃO, I.P., *Contratação Pública em Portugal 2018*, abril de 2020, cit., p. 12.

⁵ Existem formulários subjacentes ao lançamento de um procedimento pré-contratual que permitem alcançar esta informação v. n.º 1 do artigo 75.º e n.º 1 do artigo 76.º, ambos da Lei n.º 95/2015, de 17 de agosto.

com financiamento suportado por *Fundos Europeus*, também poderá ter de se colocar a questão da aplicabilidade de regras de *Contratação Pública*.

II. Breves notas sobre o Decreto n.º 95/XIV

No momento em que escrevemos este artigo o Decreto n.º 95/XIV, resultante da aprovação no Plenário da Assembleia da República, em votação final global (16/10/2020), do texto de substituição proposto pela Comissão Parlamentar de Economia, que substituiu a Proposta de Lei n.º 41/XIV/1.^a, está num *limbo* jurídico, pois foi vetado pelo Presidente da República e devolvido à Assembleia da República sem promulgação⁶, resta saber se a Assembleia da República delibera ultrapassar o veto mediante a introdução de algumas alterações, como tem sido anunciado pelos Partidos⁷. Este diploma tem por base (mais) uma iniciativa de *simplificação dos procedimentos administrativos de contratação pública*, destacando-se, entre outras matérias, várias *medidas especiais de contratação pública*, designadamente em matéria de *procedimentos pré-contratuais relativos à execução de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus* (cfr. epígrafe do artigo 2.º do Decreto da AR n.º 95/XIV, a que se deve ainda juntar a referência no artigo 6.º, ao Plano de Recuperação e Resiliência, na parte a cumprir com *fundos europeus*). Trata-se, no fundo, de mais um regime jurídico especial de contratação pública que ficará parcialmente fora do Código dos Contratos Públicos (“CCP”), já que tais medidas especiais, no texto aprovado, não são configuradas como *alterações* ou *aditamentos* ao CCP, mas essencialmente como um regime especial para determinadas situações elencadas no diploma⁸, que assim fogem ao regime regra, que apenas se

aplicará subsidiariamente (cfr., artigo 9.º do Decreto da AR n.º 95/XIV).

A solução proposta pelo Legislador passa, designadamente, por consagrar: (i) critérios de escolha do procedimento em função do valor do contrato, desconsiderando-se a natureza e o tipo contratual em questão, atribuindo-se especial destaque a procedimentos por convite simplificados e de procedimentos por anúncio simplificados; (ii) a possibilidade de lançar a consulta prévia simplificada com convite a pelo menos cinco entidades quando o valor do contrato for inferior aos valores dos limiares europeus de contratação pública, mas sempre inferior a € 750 mil, pretendendo-se com esta medida um aumento da concorrência pelo aumento de número de entidades a convidar, mas num procedimento menos concorrencial, por ser apenas por convite; (iii) a elevação do valor do contrato que legitima a escolha do *ajuste direto simplificado*; (iv) a redução do prazo para a apresentação de propostas e candidaturas em concursos com publicidade internacional com dispensa de fundamentação de situação de urgência; (v) elevação do valor do preço contratual acumulado para efeitos de limitação da escolha das entidades a convidar ao abrigo da consulta prévia simplificada, (vi) a regra da obrigatoriedade de tramitação dos procedimentos através de plataforma eletrónica de contratação pública, no que pretende ser um aumento da transparência e (vii) a remessa dos contratos celebrados ao abrigo das medidas especiais de contratação pública para o Tribunal de Contas até 30 dias após a respectiva celebração. Ou seja, destas medidas decorrem objectivos que tentam a quadratura do círculo: de um lado, uma pretensão de aumento da transparência e da concorrência (mais entidades a convidar e tramitação eletrónica), mas de outro, uma maior simplificação e rapidez dos procedimentos (alargamento da possibilidade de utilização de ajustes diretos e de consultas prévias e encurtamento de prazos nos procedimentos abertos). No entanto, talvez nem sempre o primeiro objetivo resulte reforçado face ao segundo objetivo dominante!

Embora o propósito do Legislador não pareça questionável, já que a intenção é incutir maior celeridade (e simplificação) na tramitação dos procedimentos pré-contratuais no contexto já referido, a verdade é que fica bem patente o antagonismo entre os interesses e valores subjacentes à *Contratação Pública*, (designadamente, a *concorrência* e *transparência*) e os interesses e valores subjacentes a uma aplicação e execução correta dos *Fundos Europeus*, (designadamente, evitando a *lesão das regras do orçamento da União Europeia* e das políticas europeias – pressuposto, como veremos, da determinação de suspensão de pagamentos ou da aplicação de *correções financeiras*). Entendemos, por isso, que a crítica avançada por PEDRO COSTA

⁶ O veto do Presidente da República ao Decreto n.º 95/XIV é datado de 05.12.2020.

⁷ As razões subjacentes ao veto do Presidente da República decorrem (i) dos efeitos associados ao controlo *a posteriori* de ilegalidades e de irregularidades detetadas pelo Tribunal de Contas (art. 17.º) e (ii) de questões associadas à Comissão Independente de acompanhamento e fiscalização da aplicação das medidas especiais de contratação pública (art. 18.º)¹¹.

⁸ Referindo a existência de um “padrão comum na contratação pública «de emergência»”, JOSÉ DUARTE COIMBRA / MARCO CALDEIRA / TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, Almedina, 2020, cit., p. 81. Esta situação não é nova, podendo atentar-se nas situações excecionais de contratação pública aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 34/2009, de 3 de fevereiro, publicado no seguimento da crise financeira de 2008 e com o fim igualmente de introduzir rapidez na execução de projetos prioritários de investimento público (Cfr., JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *As Medidas Excepcionais de Contratação Pública Para os Anos de 2009 e 2010*, Coimbra Editora, 2009).

GONÇALVES⁹, pode ter algum sentido quando perspetivada unicamente sob a teleologia subjacente à *Contratação Pública*, desde logo eventualmente para combater a corrupção, que será fundamental para uma adequada execução dos projetos financiados por *Fundos Europeus*, mas talvez possa ser considerada uma crítica redutora, por não atender a todas as restantes vertentes da proposta¹⁰.

Na verdade, não se pode fechar os olhos ao facto de os especiais *Fundos Europeus* anunciados preverem, contrariamente ao normal, uma janela de aplicação muitíssimo reduzida, após o qual não poderão ser mais utilizados (2022, excecionalmente 2024), detendo um procedimento muito complexo de atribuição, que poderá demorar a aprovação¹¹. É assim forçoso que se criem mecanismos de celeridade nos procedimentos nacionais, especialmente nos procedimentos abertos, abaixo dos limiares europeus, que permitam a plena utilização desses fundos, evitando o recurso apenas a procedimentos por convite, caso contrário Portugal ver-se-á afastado ao que se tem vindo a chamar de “bazuca” financeira europeia, ficando prejudicado face a outros Estados-Membros que criem essa celeridade. Mas importa igualmente não afastar os princípios da *concorrência* e *transparência* que não podem ser sacrificados numa *unicidade* da celeridade.

As alterações legislativas partem do pressuposto de que, abaixo dos limiares europeus, o ordenamento jurídico português é soberano, mas impõe, tal como nas Diretivas Europeias, uma regra geral da prevalência do *anúncio* dos procedimentos em detrimento do *convite*. Tal perspetiva poderá conduzir à ideia de uma contradição entre o *princípio da concorrência* e o *princípio da prossecução do interesse público*, designadamente impondo a prevalência do primeiro sobre o segundo, realidade que tem sido contestada pela doutrina¹² e que fica patente no presente contexto

⁹ V., PEDRO COSTA GONÇALVES, “A eliminação da corrupção nos negócios públicos por decreto”, in Observador, de 20/09/2020. Salientando o mesmo facto, MARCO CALDEIRA, *Consultas prévias e (combate à) corrupção na contratação pública*.

¹⁰ PEDRO COSTA GONÇALVES, também responde a esta questão em um outro artigo publicado no Observador, de 12/10/2020, “Ajustes diretos de contratos públicos. equívocos perigosos”, onde evidencia que “a transparência não é um problema dos ajustes diretos, nem os ajustes diretos são uma receita única para a contratação célere”, com o que já concordamos.

¹¹ Cfr., COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento que cria um Mecanismo de Recuperação e Resiliência* (COM (2020) 408 final, de 28/05/2020).

¹² V., por todos, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos. Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, AAFDL, 2013.

de crise de saúde pública, facto que evidencia as diferenças entre os *Fundos Europeus* e a *Contratação Pública*.

Temos, no entanto, sérias dúvidas sobre o pressuposto do Legislador com a proposta destas medidas excecionais para procedimentos abaixo dos valores europeus. Na verdade, o Legislador pressupõe que tem liberdade nacional na fixação das regras abaixo dos limiares europeus de contratação pública, por os contratos de valor reduzido não importarem relevância para o mercado europeu dos contratos públicos, ficando, pois, fora das regras europeias fixadas nas Diretivas de 2014. No entanto, parece-nos que um contrato que seja adjudicado, recebendo na sua execução *Fundos Europeus*, deve salvaguardar, não tanto o mercado único europeu dos contratos públicos, mas também a correção na aplicação e execução de *Fundos Europeus*, que são fundos públicos, obtidos através dos impostos pagos pelos cidadãos e empresas europeias. Ou seja, é de ponderar se o motivo que levará à aplicação das regras de *transparência*, *concorrência* e *não discriminação* europeias não decorre deste último facto, impondo a aplicação dessas regras, independentemente do valor do contrato em si, ou seja, mesmo nos contratos de valor abaixo dos limiares europeus. Por outras razões já o *Tribunal de Justiça da União Europeia* tem entendido que, mesmo abaixo dos valores dos limiares europeus de *contratação pública*, as entidades adjudicantes nacionais devem ter em conta os princípios estruturantes da *contratação pública*, tal como enunciados pelo Tribunal¹³. Mas, no caso da aplicação de *Fundos Europeus*, parece-nos que esta questão assume uma maior relevância, pois como se disse, não está tanto em causa só o mercado europeu dos contratos públicos, mas antes a correção da aplicação de *Fundos Europeus*, uma política europeia geral de *concorrência* e *transparência*, o que forçosamente implica que, mesmo abaixo dos limiares europeus, os Estados-Membros estarão vinculados a esses princípios estruturantes, que não temos a certeza de terem sido totalmente seguidos neste novo regime excecional de *contratação pública*¹⁴.

¹³ Cfr., ACÓRDÃO DO TJUE, Processo n.º C-324/98, de 07/12/2000 (*Telaustria*). Igualmente, 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).

¹⁴ É normal que entidades financiadoras imponham regras de *procurement* e de *governance* às entidades financiadas e às vezes ainda regras ambientais e sociais, principalmente quando essas regras não se imponham legislativamente. Cfr., MARC FRILET / FLORENT LAGER, “*Public Procurement: The World Bank System*”, in *International Public Procurement*, Globe Law and Business, 2009.

Existirá, assim, sempre, pelo menos a necessidade de implementar mais medidas a favor da *concorrência*, *não discriminação* e *transparência*, como seja um acréscimo da informação a publicar no Portal BASE ou da forma como tal informação é publicitada e controlada, também uma maior transparência na escolha das entidades a convidar, designadamente pela abertura de processos de seleção de candidatos potenciais a integrar em listas abertas¹⁵ e não se convidando sempre as mesmas entidades (sistema rotativo)¹⁶, ou na aposta da *prevenção de conflitos de interesse (compliance na contratação pública)*¹⁷.

III. intersecções entre *Fundos Europeus* e *Contratação Pública*

Quando se fala em *Contratação Pública* e *Fundos Europeus* está a falar-se numa dupla perspetiva: por um lado, a escolha da entidade a quem se atribui o financiamento para projetos suportados por *Fundos Europeus*, que não é sujeita às regras da contratação pública, previstas na Parte II do CCP, mas antes a um procedimento administrativo pré-contratual de concessão de apoios no regime geral dos *Fundos Europeus*¹⁸; por outro lado, a contratação de bens e de serviços ou empreitadas pelo Promotor, que vê aprovada uma candidatura a um projeto financiado por *Fundos Europeus*, que eventualmente poderá ter de seguir as regras da *Contratação Pública*, mais concretamente, um regime especial ou o regime geral da Parte II do CCP, no que diz respeito à implementação do projeto.

Centremo-nos nesta segunda questão. Coloca-se, desde logo, a questão de saber, uma vez verificados todos os pressupostos, se os promotores que vejam

¹⁵ Por exemplo, por via dos *sistemas de aquisição dinâmicos* ou dos *sistemas de qualificação*, previstos nos artigos 237.º e ss. e 245.º e ss. do CCP. Ou ainda por um sistema semelhante ao fixado para a qualificação das *empresas de serviços energéticos*, fixado no Decreto-Lei n.º 29/2011, de 28 de fevereiro (“Decreto-Lei n.º 29/2011”).

¹⁶ Por exemplo como o sistema de rotatividade previsto no artigo. 18.º do Decreto-Lei n.º 29/2011.

¹⁷ Veja-se a recente ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO – 2020 – 2024, anunciada em setembro de 2020 pela Ministra da Justiça.

¹⁸ Neste sentido, RICARDO PEDRO, *Fundos Europeus e de Investimento e Auxílios Públicos. Estudos de Direito Administrativo Europeu e Nacional*, Almedina, 2020, cit., p. 34. A atribuição de Fundos Europeus segue um complexo procedimento de atribuição, politicamente definido por prioridades estratégicas, estando os requisitos gerais fixados em regulamentos europeus e diplomas nacionais de implementação, podendo serem atribuídos sob o princípio do *first-come-first-served*. Cfr., Regulamento (UE) n.º 1303/2013, de 17 de dezembro e Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro (“Decreto-Lei n.º 159/2014”).

aprovadas as suas candidaturas a financiamentos suportados por *Fundos Europeus*, devem ou não considerar-se como *Organismos de Direito Público*¹⁹.

Deixamos nota que o entendimento da doutrina aponta, ainda que não em termos unânimes²⁰, para o facto de que os *Fundos Europeus* provêm do orçamento da União e não dos orçamentos dos Estados-Membros, razão pela qual, a União Europeia e as suas Instituições e Órgãos, não são *entidades adjudicantes* para efeitos do CCP²¹.

Outra intersecção entre os *Fundos Europeus* e a *Contratação Pública* também pode decorrer do regime dos *Contratos Subsidiados* (v. artigo 275.º do CCP), facto que determinará, ou não, a aplicação da Parte II do CCP. Para uns, o conceito legal de *contrato subsidiado* pressupõe a existência de subsídios concedidos por “entidades adjudicantes”²². Para outros, a tónica é colocada no facto de que, no conceito de “financiamento público”, é irrelevante a fonte última nacional ou europeia dos fundos distribuídos²³.

Por fim, importa ainda referir a relação que existe, por um lado, entre a execução contratualmente calendarizada dos projetos financiados por *Fundos Europeus* com, por outro lado, o *efeito suspensivo automático* da impugnação do ato de adjudicação na *Contratação Pública*, facto que tem desencadeado dificuldades na execução e cumprimento de vários projetos – v.g., os casos da ferrovia ou do metro, que têm visto concursos suspensos.

Importa recordar que uma das causas de *suspensão*, *redução* ou *revogação* de apoios concedidos ao abrigo de *Fundos Europeus* consiste, nos termos da al. a) do n.º 2 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 159/2014, no

¹⁹ V., por todos, BERNARDO AZEVEDO, “*Organismo de Direito Público. Uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível*”, Estudos de Contratação Pública, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, cit., pp. 51-86 e JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “*Os Pressupostos de Qualificação de uma Entidade Privada como «Entidade Adjudicante»: Em Especial, o Financiamento Maioritariamente Público*”, Temas de Contratação Pública, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 104 e ss.

²⁰ Neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa: Das fontes às garantias*, Almedina, 1998, cit., p. 65 e PAULO LINHARES DIAS, “As correções financeiras e a obrigatoriedade de reposição de Fundos Europeus por violação de regras de contratação pública”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 24, Almedina, 2020, cit., pp. 123-124. Já na jurisprudência, v., ACÓRDÃO DO TCA SUL, de 20/04/2017, Processo n.º 11595/14.

²¹ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 4.ª Ed., Almedina, 2020, cit., p. 172.

²² Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, ob. cit., p. 196.

²³ Neste sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, AAFDUL, 2020, cit., p. 175.

“incumprimento, total ou parcial, das obrigações do beneficiário, incluindo os resultados contratados”²⁴. Sucede, porém, que, quando o projeto financiado por *Fundos Europeus* se encontre sujeito às regras da Parte II do CCP, existe a forte probabilidade, verificados os respetivos pressupostos, de o mesmo ser confrontado com um dos efeitos que decorrem da *impugnação do ato de adjudicação: o efeito suspensivo automático*, consagrado no n.º 1 do artigo 103.º-A do Código de Processo nos Tribunais Administrativos²⁵.

IV. Violação das regras da contratação pública: Algumas Questões a Resolver

Por força do Regulamento (UE) n.º 1303/2013, de 17 de dezembro [“Regulamento (UE) n.º 1303/2013”], mais concretamente do n.º 1 do artigo 143.º “os Estados-Membros são os principais responsáveis pela averiguação das irregularidades, pela introdução das correções financeiras necessárias e pela execução da cobrança”. Tal disposição deve ser conjugada com o Regulamento (UE, EURATOM) 2018/1046, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de julho [“Regulamento (UE, EURATOM) 2018/1046”], designadamente o n.º 7 do artigo 101.º, nos termos do qual “(...) [n]a medida em que os Estados-Membros detetem e corrijam irregularidades por conta própria, estão isentos de correções financeiras impostas pela Comissão relativas a essas irregularidades”. Por seu turno, e como decorre do n.º 8 do artigo 101.º do mesmo Regulamento (UE, EURATOM) 2018/1046, a “Comissão aplica correções financeiras aos Estados-Membros a fim de excluir do financiamento da União as despesas efetuadas em infração do direito aplicável.”

Também, nos termos do artigo 142.º do Regulamento (UE) n.º 1303/2013, a Comissão Europeia pode “suspender a totalidade ou parte dos pagamentos intermédios ao nível das prioridades ou dos programas operacionais”, designadamente se as “despesas indicadas no pedido de pagamento estão ligadas a uma irregularidade com graves consequências financeiras”²⁶.

²⁴ Salientando este aspecto, ACÓRDÃO DO TCA NORTE, de 19/06/2020 Processo n.º 02278/19.7BEBRG-A.

²⁵ V., MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª Ed., Almedina, 2017, cit., pp. 834 e ss.

²⁶ Cfr. AGÊNCIA PORTUGUESA DO AMBIENTE, *PERSU2020+ – Reflexão Estratégica e Ajustamentos às Medidas do PERSU2020*, julho 2019, cit., pp. 4 e 23, “[a]pós setembro de 2017, foi possível ao POSEUR desbloquear os 75 milhões de euros de financiamentos comunitários para a valorização dos resíduos urbanos que se encontravam suspensos junto da Comissão Europeia” (...) “[d]evidido a contingências

Do exposto é possível desde já avançar que uma das principais questões que gravitam em torno da “umbilicalidade”²⁷ entre *Contratação Pública e Fundos Europeus* é a possibilidade de existirem “irregularidades”²⁸ na tramitação do procedimento pré-contratual. Ora, a existência desta consequência entre o não cumprimento das regras de contratação pública pelo projeto e a necessidade de correções aos fundos europeus atribuídos, leva-nos a ter que retirar duas conclusões: primeiro, que os projetos têm de cumprir as regras de contratação pública, quer sejam europeia, quer nacionais; e, segundo, que essas regras se impõem mesmo em contratos abaixo dos limiares europeus, nem que seja pela aplicação dos princípios estruturantes da contratação pública tal como definidos pelo Tribunal de Justiça²⁹.

Seja como for, pode culminar com “a redução do apoio à operação ou à despesa, ou mantendo-se a situação, a respetiva revogação”, nos termos da al. g) do n.º 2 do artigo 23.º, do Decreto-Lei n.º 159/2014. Trata-se, porém, de uma disposição que terá de ser conjugada com a DECISÃO DA COMISSÃO, de 14/05/2019.

As principais *irregularidades* detetadas em procedimentos pré-contratuais financiados por *Fundos Europeus* têm-se centrado: (i) na falta de publicidade dos procedimentos pré-contratuais no *Jornal Oficial da União Europeia* e/ou nos *Jornais Oficiais de cada Estado-Membro*; (ii) na existência de conflitos de interesse não declarados; (iii) na existência de critérios de seleção desproporcionais; (iv) na violação dos critérios de escolha dos procedimentos pré-contratuais³⁰; e (v) no não cumprimento de prazos mínimos para a apresentação de candidaturas ou propostas³¹.

Do exposto é possível avançar com três considerações: (i) dada a relação de dependência que existe entre o

jurídicas das instâncias europeias por uma queixa apresentada contra o Estado Português por dúvida sobre apoios do Estado a entidade privada”.

²⁷ Neste sentido, ACÓRDÃO DO TCA NORTE, de 15/03/2019, Processo n.º 00606/18.1BECBR.

²⁸ Veja-se a noção de “irregularidades”, fixada nos termos do n.º 36 do artigo 2.º do Regulamento (UE) n.º 1303/2013.

²⁹ Esta conclusão leva-nos a questionar a liberdade dos Estados-Membros na fixação de regras próprias para os contratos abaixo dos valores europeus, pois poderão estar a provocar um conflito de normas, pondo em causa a segurança jurídica, ao permitir contratar de acordo com umas regras nacionais que depois vão violar as regras europeias e obrigar à suspensão ou correção dos fundos europeus recebidos.

³⁰ Cfr., ACÓRDÃO DO TCA SUL, de 28/01/2016, Processo n.º 12681/15.

³¹ Neste sentido, COMISSÃO EUROPEIA, *Contratação Pública – Guia Prático para profissionais sobre a prevenção dos erros mais comuns em projetos financiados pelos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento*, 2018.

procedimento pré-contratual, quando acoplado com financiamento suportado por *Fundos Europeus*, é possível concluir pela complexidade jurídica quando se verifica uma *irregularidade* do procedimento pré-contratual, facto que deve despertar nas entidades adjudicantes a profissionalização dos seus recursos humanos³² ou em assessoria jurídica especializada em matéria de contratação pública; (ii) na relevância da *prevenção de conflitos de interesse*, que, a verificarem-se, pode determinar a aplicação de uma *taxa fixa de correção* de 100%, nos termos da DECISÃO DA COMISSÃO, de 14/05/2019, circunstância que deve impor às entidades adjudicantes especial preocupação, em particular pelo cumprimento do disposto no n.º 5 do artigo 67.º do CCP e do consequente indício de boa-fé da entidade adjudicante e da presunção de não prestação de falsas declarações, por parte dos subscritores; e (iii) na existência de vários controlos que permitem chamar a atenção para a existência de *irregularidades*, com a consequente aplicação de *taxas fixas de correção financeira*, designadamente (a) impugnações (administrativas/judiciais) dos concorrentes ou candidatos, (b) a recusa de visto prévio por parte do Tribunal de Contas aos procedimentos pré-contratuais que serão objeto de financiamento ou (c) o controlo desenvolvido pela Autoridade de Gestão no âmbito do acompanhamento da execução dos projetos financiados dos *Fundos Europeus*.

V. Em especial: Das Correções Financeiras

A ideia central subjacente à aplicação de correções financeiras³³ é a de que os *Fundos Europeus* não podem ser utilizados para financiar ações que violem regras europeias e nacionais em matéria de contratos públicos³⁴, facto que acaba por ser imposto por força do Regulamento (CE, EURATOM) n.º 2988/95 do Conselho, de 18 de dezembro [“Regulamento (CE, EURATOM) n.º 2988/95”], relativo à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, designadamente do seu artigo 4.º.

Tal como decorre da DECISÃO DA COMISSÃO de 14/05/2019, os Estados-Membros são os primeiros responsáveis pela investigação de irregularidades e pela aplicação das correções financeiras necessárias³⁵. A

³² Referimo-nos à Recomendação (UE) 2017/1805 da Comissão, de 3 de outubro de 2017.

³³ Sobre a natureza das correções financeiras, v., PAULO LINHARES DIAS, “As correções financeiras...” *ob. cit.*, p. 132.

³⁴ Referindo a mesma ideia, RICARDO PEDRO, *Fundos Europeus...*; *ob. cit.*, p. 35, com jurisprudência europeia e PAULO LINHARES DIAS, “As correções financeiras...” *ob. cit.*, p. 130.

³⁵ Entende a doutrina que, em princípio, as correções financeiras não apresentam carácter sancionatório. Neste

primeira especificidade a considerar é que, nos contratos públicos, não é possível quantificar com precisão o impacto financeiro devido à natureza da *irregularidade*. A solução avançada pela COMISSÃO EUROPEIA foi a de estabelecer, na Seção 2 da DECISÃO DA COMISSÃO de 14/05/2019, a aplicação de uma *taxa fixa de correção financeira* na qual se prevê, exemplificativamente, os tipos de irregularidades mais frequentes, segmentados em irregularidades quanto (i) ao *anúncio de concurso e caderno de encargos*, (ii) à *seleção dos proponentes e avaliação das propostas* e (iii) à *execução do contrato*³⁶.

Relativamente ao âmbito de *incidência material* da DECISÃO DA COMISSÃO de 14/05/2019, torna-se necessário que estejamos perante uma “irregularidade”, a qual surge definida como uma “violação do direito aplicável em matéria de contratos públicos, que tem ou teria por efeito lesar o orçamento da União”³⁷. Recorde-se que as “irregularidades” previstas na DECISÃO DA COMISSÃO de 14/05/2019 não constituem um elenco taxativo, razão pela qual, deve o intérprete recorrer à analogia face às “irregularidades” não previstas³⁸. Relativamente ao critério a ter em consideração para a aplicação da uma *taxa de correção financeira* [que deverá ser (i) devidamente fundamentada quanto ao tipo de “irregularidade”; (ii) da taxa fixa de correção aplicada e (iii) ser objecto de audiência prévia]³⁹, dever-se-á ter em conta o *princípio da proporcionalidade*⁴⁰. Por outro lado, importa salientar que, nos casos em que se detetem várias “irregularidades” no mesmo processo de adjudicação, as taxas fixas de correção não serão cumulativas. Nestes casos, o critério adotado pela COMISSÃO EUROPEIA foi o de que a “irregularidade” mais grave é a considerada para decidir a taxa fixa de correção aplicável (uma espécie de *consumpção*) em conformidade com a Seção 2 da DECISÃO DA COMISSÃO DE 14/05/2019.

De salientar, por outro lado, o *carácter prospetivo* da aplicação das correções financeiras. Na verdade, nos casos em que existam violações das regras em matéria de contratos públicos, mas o contrato não

sentido, RICARDO PEDRO, *Fundos Europeus...*; *ob. cit.*, p. 16. Mas, em sentido contrário, ver ACÓRDÃO DO TCA NORTE, de 07/12/2018, Processo n.º 00297/13.6BECBR.

³⁶ Neste sentido, nota de rodapé n.º 2 da Decisão da Comissão de 14/05/2019.

³⁷ Trata-se, na verdade, de uma noção que não diverge significativamente da noção de “irregularidade” consagrada no n.º 36 do artigo 2.º do Regulamento (UE) n.º 1303/2013, e da al. k) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 159/2014.

³⁸ Neste sentido, nota de rodapé n.º 2 da DECISÃO DA COMISSÃO de 14/05/2019.

³⁹ Cfr., ACÓRDÃO DO TCA NORTE, de 07/12/2018, Processo n.º 00297/13.6BECBR. e ACÓRDÃO DO TCA SUL, de 21/11/2019, Processo n.º 1053/11.1BELRA.

⁴⁰ Trata-se, aliás de uma exigência imposta pelo n.º 8 do artigo 101.º do Regulamento (UE, EURATOM) 2018/1046.

tenha sido assinado⁴¹, a autoridade competente, tendo em conta eventuais custos adicionais e limitações de tempo, pode recomendar ao beneficiário que lance um novo procedimento de concurso que cumpra as regras violadas. Chama-se a atenção, no entanto, que para que tal situação se possa verificar, não podem ser colocados em causa os resultados e prazos contratualizados no procedimento de atribuição dos fundos europeus, sob pena de o mesmo ser revogado⁴².

Quanto ao âmbito de incidência objetiva e subjetiva, a regra geral é a de que a DECISÃO DA COMISSÃO de 14/05/2019 aplica-se às “irregularidades” detetadas em relação aos *contratos públicos* e às *entidades adjudicantes*, tal como definidas pela *Diretiva 2014/23/UE, de 26 de fevereiro de 2014, pela Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014, pela Diretiva 2014/25/UE, de 26 de fevereiro de 2014, e pela Diretiva 2009/81/CE, de 13 de julho de 2009*. Todavia, nos casos em que as Diretivas não se apliquem, mas o processo de adjudicação seja abrangido pelo âmbito de aplicação do Tratado e pela legislação nacional em matéria de contratos públicos, as orientações da DECISÃO DA COMISSÃO de 14/05/2019 serão na mesma aplicáveis, desde que, pelo menos, uma das seguintes condições se encontre preenchida: (i) se existir algum interesse transfronteiriço, na aceção do ponto 1.2.3 da DECISÃO DA COMISSÃO de 14/05/2019 e a adjudicação desses contratos não respeitar os princípios da transparência e da não discriminação consagrados no Tratado; ou (ii) se, em relação aos contratos em causa, existir uma clara violação da legislação nacional em matéria de contratos públicos. Neste contexto, e de acordo com o último critério para a aplicação da DECISÃO DA COMISSÃO de 14/05/2019, a ocorrência de uma “irregularidade” não está circunscrita apenas aos casos em que se apliquem as Diretivas da União Europeia já referidas, razão pela qual é possível constatar uma pretensão de aplicação expansiva das orientações da Comissão Europeia aos contratos públicos apenas sujeitos à legislação nacional em matéria de contratação pública, como defendemos.

Por outro lado, as orientações da DECISÃO DA COMISSÃO de 14/05/2019 são também aplicáveis caso as regras nacionais (incluindo condições contratuais ou de subvenção) exigirem expressamente que os beneficiários de *Fundos Europeus* cumpram as regras nacionais em matéria de contratos públicos ou regras semelhantes, mesmo que esses beneficiários não sejam, eles próprios,

⁴¹ Se for detetada uma irregularidade após a assinatura do contrato ou da aprovação do financiamento da operação (em qualquer fase do ciclo da operação), essa irregularidade deve ser corrigida mediante a aplicação das orientações da Decisão da Comissão de 14/05/2019.

⁴² Cfr., ACÓRDÃO DO TCA NORTE, de 19/06/2020 Processo n.º 02278/19.7BEBRG-A.

uma autoridade adjudicante na aceção das diretivas. Nesse caso, a *irregularidade* constitui também uma violação das regras nacionais⁴³.

Já quanto ao âmbito de *incidência temporal*, a questão adquire contornos de verdadeira complexificação. Como ponto de partida e sem pretensão de exaustividade do tema, sempre diremos que, por força do artigo 2.º da DECISÃO DA COMISSÃO de 14/05/2019, o regime estabelecido pela referida Decisão apenas é aplicável aos procedimentos de correção financeira iniciados após a sua adoção.

Torna-se ainda necessário salientar qual o *prazo de prescrição subjacente à aplicação de correções financeiras*, na medida em que “não existe no ordenamento jurídico nacional uma norma jurídica «de origem nacional» específica relativa ao prazo de prescrição do procedimento de irregularidades de fundos comunitários, mas existe essa norma de origem comunitária (o art. 3º do Regulamento (CE/EURATOM) n.º 2988/95)”⁴⁴.

A relevância do Regulamento (CE/EURATOM) n.º 2988/95, relativo à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, é crucial para a compreensão do regime de prescrição subjacente à aplicação de correções financeiras⁴⁵, particularmente o artigo 3.º.

Tendo em conta o referido artigo 3.º, é possível decompor o mesmo nos seguintes termos: “A) O prazo de prescrição será de quatro anos; B) A contar da data em que foi praticada a irregularidade; C) O prazo

⁴³ A Decisão da Comissão de 14/05/2019 vem admitir a possibilidade de, no procedimento de atribuição de um cofinanciamento europeu, seja fixada uma cláusula contratual na qual o beneficiário tenha de cumprir as regras nacionais em matéria de contratos públicos ou regras semelhantes, mesmo que esses beneficiários não sejam, eles próprios, uma autoridade adjudicante na aceção das Diretivas. Ora, ao referir “cumprir as regras nacionais em matéria de contratos públicos”, entendemos que a Decisão da Comissão de 14/05/2019 tem como principal consideração a aplicação da Parte II do CCP, ou seja, parte-se do pressuposto que as Autoridades de Gestão podem fixar cláusulas no contrato de concessão de incentivos financeiros no sentido de que o beneficiário, mesmo que não seja considerado como autoridade adjudicante na aceção das Diretivas, tenha de cumprir com as disposições da Parte II do CCP, ou seja, o mesmo é dizer que o beneficiário terá de lançar um procedimento pré-contratual. Tal situação adquire especial relevância no âmbito dos contratos subsidiados, nos termos do artigo 275.º do CCP. Sobre a questão, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos, ob. cit.*, p. 198.

⁴⁴ Cfr., ACÓRDÃO DO TCA SUL, de 21/11/2019, Processo n.º 1053/11.1BELRA. e ACÓRDÃO DO STA, de 30/10/2014, Processo n.º 092/14.

⁴⁵ Sobre esta questão, veja-se o ACÓRDÃO DO TJUE, de 03/10/2019, Processo n.º C-378/18.

de prescrição relativo às irregularidades continuadas ou repetidas corre desde o dia em que cessou a irregularidade; D) O prazo de prescrição no que se refere aos programas plurianuais corre em todo o caso até ao encerramento definitivo do programa. E) A prescrição do procedimento é interrompida por qualquer acto, de que seja dado conhecimento à pessoa em causa, emanado da autoridade competente tendo em vista instruir ou instaurar procedimento por irregularidade. O prazo de prescrição corre de novo a contar de cada interrupção. Escalpelizando o artigo 3.º, temos a regra geral (alíneas A e B), que refere que o prazo prescricional será de 4 anos, a contar da data em que foi praticada a irregularidade, e três derrogações. A primeira derrogação vem referir como se conta o prazo no caso das irregularidades continuadas ou repetidas (alínea C), a segunda refere-se à contagem do prazo quanto aos programas plurianuais (alínea D) e a terceira refere os casos em que se verifica a interrupção da prescrição (alínea E)⁴⁶.

Tomemos, como exemplo, um caso em que uma entidade adjudicante lança um *procedimento por convite*, quando na verdade deveria ter lançado um *procedimento por anúncio*. Nesta situação, considera a jurisprudência que estamos perante uma “irregularidade continuada”, para os efeitos do artigo 3.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Regulamento (CE/EURATOM) n.º 2988/95⁴⁷. Nestes casos, o *prazo prescricional* começará a correr apenas a partir do dia em que a execução do contrato termina e não a partir da data em que foi iniciada a irregularidade⁴⁸. Assim, é a partir da data do último pagamento relativo ao contrato irregular que se considera que o contrato fica executado na sua totalidade, razão pela qual será apenas a partir desse momento que começa a correr o prazo de prescrição⁴⁹.

Recorde-se, no entanto, que o *prazo prescricional* pode ser objeto de interrupção⁵⁰. Voltando a uma situação prática: a execução do contrato termina em 04/03/2005, pelo que será a partir desta data que se conta o *prazo prescricional*. Em 24/04/2009 existe uma *notificação para efeitos de audiência prévia*, pelo que seria a partir desta data que se interromperia o

prazo prescricional. Todavia, entre as referidas duas datas ocorreu já um período superior a 4 anos, pelo que tem de se concluir que já se encontra prescrito o prazo para a aplicação de correcções financeiras⁵¹.

Situação diferente ocorre no caso do *prazo de prescrição relativo às irregularidades em programas plurianuais*⁵², já que o prazo de prescrição corre até ao encerramento do programa⁵³.

VI. Conclusões

Das considerações feitas, pensamos que fica evidente uma intersecção relevante entre a *Contratação Pública* e os *Fundos Europeus*, sendo que as regras a ter em consideração não são apenas as europeias, mas também as nacionais, que neste aspecto não poderão deixar de considerar os princípios estruturantes da contratação pública europeia, mesmo em contratos abaixo dos limiares europeus de aplicação. Isto derivado não só da jurisprudência *Telaustria*, mas também das preocupações europeias pela correcção da aplicação e execução dos *fundos europeus*, que tem autonomia face às gerais preocupações pelo estabelecimento de um mercado único europeu dos mercados públicos.

Isto tem como consequência que as regras especiais que o Legislador nacional aprovou para a aplicação dos Fundos Europeus do próximo QFP e, designadamente, do *Mecanismo de Recuperação e Resiliência*, devem ponderar devidamente os objectivos da celeridade com os princípios da concorrência e da transparência, o que não nos parece que tenha sido totalmente feito.

Várias questões de contratação pública podem estar em causa, desde saber se os beneficiários dos fundos europeus podem ser qualificados como entidades adjudicantes, até saber se as regras processuais específicas nacionais aplicáveis aos contratos públicos também devem ser aplicadas.

O risco que se corre é a aplicação de medidas sancionatórias ou corretoras, pela verificação de irregularidades na aplicação ou execução dos fundos, com efeitos perniciosos a longo prazo para os promotores públicos e privados e prejuízos evidentes para a segurança jurídica, especialmente quando estão em causa investimentos avultados.

⁴⁶ Cfr., ACÓRDÃO DO TCA NORTE, de 19/06/2015, Processo n.º 00687/11.9BELSB.

⁴⁷ Cfr., ACÓRDÃO DO TCA NORTE, de 19/06/2015, Processo n.º 00687/11.9BELSB.

⁴⁸ Cfr., ACÓRDÃO DO TCA NORTE, de 19/06/2015, Processo n.º 00687/11.9BELSB.

⁴⁹ Cfr., ACÓRDÃO DO TRIBUNAL TCA NORTE, de 19/06/2015, Processo n.º 00687/11.9BELSB e ACÓRDÃO DO TCA NORTE, de 19/06/2015, Processo n.º 00687/11.9BELSB.

⁵⁰ Sobre a questão, ACÓRDÃO DO TCA SUL, de 02/07/2020, Processo n.º 198/10.0BEBJA.

⁵¹ Corresponde a uma situação concreta subjacente ao ACÓRDÃO DO TCA NORTE, de 19/06/2015, Processo n.º 00687/11.9BELSB.

⁵² Sobre a especificidade do “*programa plurianual*”, veja-se o ACÓRDÃO DO TJUE, Processo n.º C-491/16, de 16/11/2017.

⁵³ Cfr., ACÓRDÃO DO STA, de 30/10/2014, Processo n.º 092/14.