

O Gestor do Contrato na contratação pública sustentável: primeiras impressões *

Carlos Sérgio Rodrigues **

SUMÁRIO

Através da revisão de 2017, o CCP foi colocado em conformidade com as Diretivas de 2014, com introdução de importantes novidades e a mudança de paradigma para uma contratação pública sustentável. O Gestor do Contrato é positivado como expressão das medidas de transparência e de boa gestão pública, com vantagens e ganhos. Contudo, diversas incertezas, nomeadamente quanto ao seu papel na edificação e preservação da contratação pública sustentável, motivam a análise presente, a possível face à juventude da matéria, justificada pela necessidade de imprimir orientações para as entidades adjudicantes e clarificar o regime.

1. OBJETO

A presente investigação debruça-se sobre o papel do gestor do contrato na contratação pública à luz das recentes alterações legislativas, bem como sobre a sua importância para construção e preservação da contratação pública sustentável. Por outras palavras, pretendemos expor os traços essenciais desta nova figura e alcançar de o gestor do contrato, quer pela sua posição na entidade adjudicante, quer pelo complexo conjunto de competências e tarefas que o legislador lhe entrega, pode contribuir para a sustentabilidade da contratação pública sustentável. Para este propósito, cumpre, em nota prévia, expor, sucintamente, o estado-da-arte sobre o Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP) português, fixar conceitos, analisar a figura do Gestor do Contrato, a sua origem, missão e desafios e, com tudo isto em mente, discorrer, na medida do para já possível, sobre a importância do Gestor na defesa e promoção de uma contratação pública mais verde e inclusiva.

* O presente artigo tem por objetivo primário constituir um ponto de partida para futuras investigações em torno do tema, pelo que o foco, aqui, é expor as primeiras impressões que a positivação desta figura provoca. Donde, as referências bibliográficas visam abranger os escritos que direta e recentemente versaram sobre o tema, fazendo-se a devida vénia à extensa bibliografia em matéria de contratação pública (ecológica / sustentável).

** Licenciado e Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Atualmente, frequenta o Doutoramento em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e exerce funções de assessoria jurídica no Tribunal Central Administrativo Sul.

2. O CCP NO RUMO DA SUSTENTABILIDADE.

O Código dos Contratos Públicos português foi alvo de uma revisão profunda em 2017¹, em resposta à necessidade de transposição das Diretivas de 2014. Com esta revisão, o CCP conheceu a sua 11.ª versão, estando, à data deste escrito, na sua 15.ª versão² — um número de mudanças relevante para um diploma cuja matéria principal (a contratação por entidades públicas) constituía um capítulo do Código do Procedimento Administrativo³ (doravante, CPA), até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro. Uma das principais novidades desta revisão é, precisamente, a introdução da figura do gestor do contrato conforme positivado no artigo 290.º-A, sito no Capítulo X, da Parte III do referido Código.

Numa outra nota, que se impõe em função do tema, cumpre recordar que, precisamente através da revisão de 2017, o CCP tornou-se, na nossa óptica, um Código mais verde e inclusivo. A partir da introdução de outras melhorias que a economia da presente investigação não permite alcançar, destacamos a previsão expressa da sustentabilidade tanto a nível dos princípios fundamentais⁴, como dos objetivos e das necessidades da entidade adjudicante que sustentam fatores e os eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa⁵, como, ainda, a nível dos procedimentos pré-contratuais relativos a contratos de serviços sociais e de outros serviços específicos⁶. Todavia, o destaque é concedido a uma das mudanças estruturais: o critério de adjudicação preferencial passa do preço mais baixo para o critério da proposta

1 Operada através do Decreto-Lei n.º 117-B/2017, de 31 de agosto.

2 Tendo sido alterado, sucessivamente, pelos diplomas seguintes: Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro; Retificação n.º 42/2017, de 30 de novembro, Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio, e Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 dezembro.

3 Vejam-se os artigos 178.º a 189.º, do CPA conforme aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, sucessivamente alterado, com a redação última conferida pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro. Atualmente, este Código foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, o qual aprova o «novo» CPA e no âmbito do qual a contratação pública, entretanto objeto de diploma autónoma, é objeto dos três artigos finais (artigos 200.º a 202.º), os quais se poderiam resumir a uma previsão que enquadrasse a contratação no CCP e os demais aspectos regulados poderiam ser deduzidos do princípio da unidade do sistema jurídico — ao abrigo do qual se pode propugnar a aplicação do CPA a título subsidiário.

4 Nos termos do n.º 1, do artigo 1.º-A: *“Na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo, em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação.”* Veja-se AZEVEDO, P., *“Pequenas notas sobre os princípios no novo Código dos Contratos Públicos”*, in Revista de Direito Administrativo, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, Lisboa: AAFDL, pp. 132-138.

5 Cfr alínea d), do n.º 2, e o n.º 1, ambos do art. 75.º do CCP.

6 Cfr n.º 2, do art. 250.º-C do CCP.

economicamente mais vantajosa, a qual pode e deverá ser identificada de acordo com, entre outros, critérios ambientais e sociais.

Assim, e como já por nós defendido ⁷, se já antes de 2014 se poderia falar de uma contratação pública ecológica, o destaque dado pela revisão de 2017 na integração das políticas ambientais e sociais permite-nos falar de uma **contratação pública sustentável**. Para esta categorização, recorreremos ao conceito de sustentabilidade tal como preconizado em Brundtland e, posterior e sucessivamente, absorvido por todos os ramos do saber e da atividade humana, o qual define desenvolvimento sustentável como o *desenvolvimento que permite satisfazer as necessidades das gerações presentes sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras satisfazerem as suas necessidades*.

Torna-se oportuno definir o que se entende por contratação pública sustentável (CPS). À semelhança do que se verifica com o conceito de desenvolvimento sustentável, as interpretações mais frequentes associam o conceito de sustentabilidade ao ambiente enquanto política, prática e algo a preservar, o que é, a *final*, o objetivo da contratação pública ecológica (*green public procurement*) ^{8 9}. Todavia, a CPS abarca outras áreas de igual importância. Por um lado, temos a adesão a *standards* sociais e éticos, fenómeno denominado por contratação pública socialmente responsável (CPSR), com particular destaque para políticas de inclusão (jovens NEET, cidadãos portadores de deficiência) ¹⁰. Por outro, a contratação pública pode ser usada para promover produtos, bens ou serviços inovadores — estamos aqui perante a contratação pública promotora da inovação (CPPI).

Ao promoverem (estas) políticas horizontais, os Estados podem assim aumentar a procura por produtos e serviços com o menor impacto ambiental, ou com tecnologias verdes que reduzam o impacto ambiental da atividade humana (CPE); encorajar a responsabilidade social, traduzida em políticas e práticas de apoio ao emprego jovem ou à reinserção de desempregados, por exemplo (CPSR); e promover a inovação, pilar essencial da competitividade (CPPI) ¹¹.

⁷ Rodrigues, C, “Entre a contratação pública ecológica e a contratação pública sustentável — compreender o passado, transpor o futuro”, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2014.

⁸ Com o intuito de auxiliar os Estados-Membros na implementação desta contratação, a Comissão Europeia publicou um manual específico, o qual é pontualmente revisto, e que se encontra disponível *on-line*: https://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm.

⁹ Para uma leitura aprofundada, com vasto conjunto de referências bibliográficas, vide MONIZ, A., “Tutela do ambiente e preparação do procedimento de contratação pública no contexto de revisão do Código dos Contratos Públicos”, in Revista de Contratos Públicos, n.º 16, 2018, Coimbra: CEDPIRE, pp. 23-69. Também neste periódico, analisando o ordenamento jurídico português e o espanhol, IRIARTE, M., “A contratação pública ecológica no Direito Português e Espanhol”, pp. 139-166.

¹⁰ Para uma melhor compreensão desta CPSR, com dicas e estratégias para a sua aplicação, veja-se o Manual Buying Social!, disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_11_105.

¹¹ Tais são as conclusões de um relatório deveras essencial e detalhado, elaborado por um *think tank* dedicado à sustentabilidade: Kahlenborn, W.; Moser, C.; Fridjal, J.; Essig, M. (2011), *Strategic Use of Public*

Em Portugal, a contratação pública encontra-se regulada pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o qual aprova o Código dos Contratos Públicos (CCP). Este diploma procede à transposição das Diretivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, alteradas pela Diretiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de setembro, e retificadas pela Diretiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de novembro. Criou um conjunto homogêneo de normas relativas aos procedimentos pré-contratuais públicos e, no exercício da margem de livre decisão deixada pelo legislador comunitário aos legisladores nacionais, inovou no que se entendeu por necessário para garantir a segurança e estabilidade jurídica aos operadores económicos, no contexto de uma modernização contínua e em respeito pelos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.

A contratação pública é, *de per se*, um instrumento de mercado frequentemente utilizado pela Administração Pública no exercício das suas funções (estima-se que represente 17% do PIB dos Estados-Membros da União Europeia), inerentes à sua missão que é a prossecução do interesse público (nos termos do número 1 do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa). Este pode ser definido como um conjunto de necessidades coletivas a serem satisfeitas através de serviços que a Administração Pública cria, organiza e cuida de manter, no nosso caso, no contexto de um Estado de Direito Democrático.

Aqui chegados, percebemos o potencial deste instrumento na construção de uma nova economia, desenvolvida dentro dos limites dos recursos naturais e atentas as sensibilidades dos ecossistemas, *i.e.*, uma economia mais ecológica e atentas às sensibilidades sociais, *i.e.*, uma economia mais inclusiva (e, também, inovadora).

São diversas as dúvidas que a definição de desenvolvimento sustentável levanta. Desde logo, quer o legislador dizer com “sustentabilidade” um modo de alcançar o desenvolvimento sustentável? Como densificar o conceito de necessidades? Como comparar o que são necessidades para as gerações presentes e quais serão as necessidades para as gerações futuras? E, em caso de ser necessário sacrificar algo (nível de conforto ou de consumo, por exemplo), em nome desse desenvolvimento sustentável, qual a medida justa desse sacrifício?¹² De todo o modo, sem prejuízo destas questões que se colocam aqui tanto a título de introdução crítica ao tema como de propostas temáticas de investigação futura, a positivação da sustentabilidade no CCP é, a nosso ver, um avanço conforme aos ditames do mundo global, perpassado pela questão (crise) ecológica.

Procurement in Europe — Final Report to the European Commission MARKET/2010/02/C, Berlin: adelphi, disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/strategic-use-public-procurement-europe_en.pdf. A tradução de excertos, devidamente citados e identificados é livre.

¹² DOBSON, A. (Ed.) (1999), *Fairness and futurity — Essays on environmental sustainability and social justice*, United States: Oxford New York.

3. A REVISÃO DE 2017: PONTO DE VIRAGEM?

As (novas) Diretivas surgem em 2014.¹³ Referimo-nos à Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva-clássica, e à Diretiva 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE. Acresce a Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão. As diretivas são do Parlamento Europeu e do Conselho e datam de 26 de fevereiro de 2014¹⁴.

A revogação produziu efeitos a 18 de abril de 2016 (art. 91.º). Na mesma data deveriam os Estados-membros pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias ao cumprimento das Diretivas (n.º 1 do art. 90.º), através dos seus mecanismos de transposição — o que, no caso português, se deu apenas com o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, após um intenso debate público em torno do Anteprojecto respectivo.

Destacam-se as três mudanças que representam a reforma a que o regime europeu fica sujeito com estas Diretivas, o que resulta numa modernização há muito esperada:¹⁵ propugnam pela total implementação do *e-procurement*¹⁶; introduzem novos procedimentos mais céleres e menos burocráticos; e focam-se no uso estratégico das regras de contratação pública, o que se traduz, entre outras aspetos, na promoção da prossecução de políticas horizontais ou secundárias.

Ora, através do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, o nosso CCP foi revisto em função das Diretivas de 2014, tendo introduzido as novidades que estas contêm mas indo mais além, como é o caso da previsão da figura do gestor do contrato. Esta previsão vai para além das matérias sobre as quais se debruçaram as Diretivas (em cuja transposição o legislador tem feito uso de uma reduzida margem de criatividade), mas corresponde a exigências que a doutrina

13 <http://www.eipa.eu/en/pages/show/&tid=44> — o sítio disponibiliza todos os documentos que fizeram parte integrante do processo de revisão das Diretivas de 2004, na língua inglesa, bem como outra legislação relevante no setor. Neste sentido, Estorninho, M. J. (2012), *Curso de Direito dos Contratos Públicos — Por uma contratação pública sustentável*, Coimbra: Almedina, pp. 111 a 158.

14 Utilizaremos a Versão Oficial em Língua Portuguesa publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 94, 57.º ano, 28 de março de 2014. Por assumir um carácter geral, centraremos as atenções na Diretiva 2014/24, pelo que as remissões apresentadas neste ponto devem ser entendidas no contexto dessa Diretiva. A referência a outros atos normativos será devidamente identificada em momento próprio.

15 As Diretivas encontravam-se em gestação desde abril de 2010. Tal como podemos ler no considerando 2 da Diretiva 2014/24, as Diretivas de 2004 careciam de uma revisão e modernização que permitissem aumentar a eficiência da despesa pública, facilitar a participação das pequenas e médias empresas na contratação pública e permitisse uma melhor utilização desta no âmbito das políticas horizontais ou secundárias. De outro tanto modo, esta modernização responde à necessidade de noções e conceitos básicos claros, que garantam a segurança jurídica neste domínio.

16 Sobre este tema, e com referência ao papel de destaque que Portugal tem desempenhando, o nosso “A evolução da contratação pública electrónica no ordenamento jurídico português: um olhar pelo regime das plataformas electrónicas”, in, Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, v. 41, 2016 Brasil, pp. 202-221 (<http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/view/315/234>).

e o Tribunal de Contas ¹⁷ haviam já feito. Quanto à sua legitimidade face ao dever de transposição das Diretivas e criação de legislação nacional conforme às mesmas, a previsão em análise afigura-se não suscitar problemática (podendo até ser vista como uma forma ou meio de alcançar os resultados a que o Estado-Membro se encontra vinculado ¹⁸).

Nestes termos, acompanhamos CALDEIRA quando afirma, e sustenta, que a positivação desta figura é expetável, sem prejudicar tratar-se de uma positivação positiva ¹⁹. Com efeito, se a sua positivação se antevia já noutros quadrantes do ordenamento jurídico — e até por força do que vinha a ser defendido em matéria de gestão dos contratos públicos, tema particularmente sensível num contexto de crise económico-financeira e correspondente necessidade de uma melhor necessidade de gestão das contas públicas — pode-se afirmar que é uma positivação que funciona como ponto de partida para uma nova reconfiguração do papel tanto das entidades adjudicantes como dos próprios adjudicatários. Aquelas passam, como se verá, a poder (dever?) ter um papel mais pró-activo na gestão dos contratos públicos, ao passo que estes estarão (deverão estar) mais atentos ao cumprimento das disposições contratuais pelas quais se vincularam.

4. GESTOR DO CONTRATO

Importa, perante a análise que nos propomos, citar o artigo:

*“Artigo 290.º-A
Gestor do contrato*

1. O contraente público deve designar um gestor do contrato, com a função de acompanhar permanentemente a execução deste.

2. Quando se trate de contratos com especiais características de complexidade técnica ou financeira ou de duração superior a três anos, e sem prejuízo das funções que sejam definidas por cada contraente público, o gestor deve elaborar indicadores de execução quantitativos e qualitativos adequados a cada tipo de contrato, que permitam, entre outros aspetos, medir os níveis de desempenho do cocontratante, a execução financeira, técnica e material do contrato.

¹⁷ Destaca-se o Relatório de Auditoria n.º 17/2019, disponível em: <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2009/rel017-2009-2s.pdf>. Para uma análise do papel deste Relatório, bem como do gestor do contrato, vide AUGUSTO DE MATOS, S., “Gestor do Contrato: um olhar sobre o esboço de regime legal da nova figura”, in GOMES, C. (2018) (2.ª Ed.), Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos, Lisboa: AAFDL, pgs. 1073 a 1096.

¹⁸ Cfr art. 4.º, n.º 3 do Tratado sobre a União Europeia e o artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

¹⁹ CALDEIRA, M., “O gestor do contrato em Portugal e em Angola — breve nota comparativa”, in Revista de Direito Administrativo, n.º 2, Setembro / Dezembro de 2018, Lisboa: AAFDL, pp. 70 a 82.

3. Caso o gestor detete desvios, defeitos ou outras anomalias na execução do contrato, deve comunicá-los de imediato ao órgão competente, propondo em relatório fundamentado as medidas corretivas que, em cada caso, se revelem adequadas.

4. Ao gestor do contrato podem ser delegados poderes para a adoção das medidas a que se refere o número anterior, exceto em matéria de modificação e cessação do contrato.”

Nos termos do normativo *supra* citado, deve a entidade adjudicante nomear um gestor do contrato para todos os contratos. O gestor do contrato tem a função principal de acompanhar em permanência a execução do contrato, à qual acresce a elaboração de indicadores de execução quantitativos e qualitativos no caso de contratos com especiais características de complexidade técnica ou financeira ou de duração superior a três anos. Tais indicadores devem ser adequados a cada tipo de contrato e a sua principal função é medir os níveis de desempenho do cocontratante e a execução financeira, técnica e material do contrato. Sobre o gestor recai ainda um dever de notificação ao órgão competente, perante a presença de desvios, defeitos ou anomalias na execução do contrato, sendo que essa notificação deverá ser imediata e acompanhada de relatório fundamentado com proposta de medidas corretivas. Ao abrigo do regime da delegação (artigos 44.º a 50.º do CPA), podem ser delegados no gestor poderes para a adoção destas medidas, exceto em matéria de modificação e cessação do contrato.

O carácter lacónico da previsão normativa é, quase imediatamente, arguido pela doutrina como a sua principal fragilidade. Mesmo numa leitura superficial, para a qual a jurisprudência e a prática administrativas certamente carrearão novas dimensões e problemáticas que a doutrina não divisa ainda, podem apontar-se as vantagens, as dificuldades, as dúvidas e, por fim, expor o entendimento que se afigura melhor aplicável nesta que é, cumpre sublinhar, ainda uma fase inicial da vida desta figura.

4.1. Vantagens

As vantagens podem resumir-se ao acompanhamento da execução do contrato, o que permite, *a priori*, uma observação rigorosa, imparcial e fundamentada por parte da entidade adjudicante ²⁰. Constitui-se, assim, e nomeadamente a partir dos indicadores, um

²⁰ Neste ponto, e salvaguardado o devido respeito, não aderimos à tese propugnada pelo IMPIC, IP, que, na sua Orientação Técnica 05/CCP/2019, entende pela dispensa da formalidade de nomeação do gestor para os ajustes diretos simplificados ao abrigo do n.º 3, do artigo 128.º do CCP («O procedimento de ajuste direto regulado na presente secção está dispensado de quaisquer outras formalidades previstas no presente Código, incluindo as relativas à celebração do contrato e à publicitação prevista no artigo 465.º»). Em primeiro lugar, é nosso entendimento que, pela sua posição sistemática, este número pretende afastar somente as regras de tramitação procedimental contidas no Título III da Parte II do CCP; ainda que se entenda pela sua extensão a toda

dossier dos aspectos positivos, negativos e passíveis de melhoria que permitirá às entidades adjudicantes alavancar a qualidade do seu trabalho (com ganhos em eficiência e económica) lato sensu e, no que ao contrato em específico diz respeito, obter o melhor proveito daquele que tiver sido o objeto contratual. Por parte do cocontratante, e como refere CALDEIRA ²¹, estamos em crer que a mera existência desta figura, pelas suas funções e poderes que eventualmente lhe tenham sido delegados, tornará o cocontratante mais sensível para o cumprimento pontual e rigoroso da sua parte, ao que acresce existir um rosto com o qual pode articular-se perante situações supervenientes que possam interferir na execução do contrato, as quais reclamam, ou podem reclamar, alterações.

4.2. Incertezas e dificuldades.

Em matéria de *incertezas* e *dificuldades*, temos: a definição de *quem* deve exercer essas funções, *a que se equiparam* e *quais os termos* em que devem ser exercidas; a edificação dos *indicadores de execução* e o tratamento dos resultados obtidos; o regime de *responsabilidade*, entre outros. Prosseguimos para uma exposição sintética da dificuldade, expomos a nossa análise e proposta de solução, quando aplicável.

1. Pela sua configuração, embora nada pareça opor ao *outsourcing* ²², afigura-se-nos que o legislador teve em mente um elemento interno, *i.e.*, um trabalhador que integra os quadros da entidade adjudicante, ou junto desta exerça funções a título temporário.

- a) Contra esta visão, aponta-se a necessidade de profissionalização específica para certos tipos de contrato, *rectius*, para contratos com determinado objeto, para o que respondemos que a profissionalização da Administração Pública tem sido encarada e definida pelo Executivo como um eixo estratégico ²³, sendo que a profissionalização no setor da contratação pública apresenta potencial para um aumento das economias, eficiência e eficácia que se pretende ver no quotidiano dessa Administração;

e qualquer norma do CCP, a dispensa desta formalidade parece vir bulir com a sanção de nulidade para os casos em que o gestor não é identificado no contrato (*cf* alínea *i*), do n.º 1, e o n.º 7, ambos do artigo 96.º do CCP), pese embora estes contratos possam não ser reduzidos a escrito — mas, com mais consistência se sustenta que vem bulir com os objetivos a que a criação desta figura vem responder, merecendo reservas a dispensa da sua nomeação para os contratos que ocupam uma fatia significativa da atividade das entidades adjudicantes.

²¹ CALDEIRA, M., *idem*, 2018, Lisboa: AAFDL, pp. 70 a 82.

²² O qual pode seguir a metodologia prevista para a contratualização do diretor de fiscalização de obra no caso das empreitadas de obras públicas (*cf* Lei n.º 31/2009, de 3 de julho, sucessivamente alterada, com a redação conferida pela Lei n.º 25/2018, de 14 de junho).

²³ Exemplo paradigmático é o programa de Capacitação Avançada para Trabalhadores em Funções Públicas, regulamentado pela Portaria n.º 231/2019, de 23 de julho, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 39.º-A da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP). No plano da União Europeia, veja-se a Recomendação (UE) 2017/1805, da Comissão, de 3 de outubro de 2017.

- b) Prosseguindo, caso se opte pelo recurso a elementos internos, cumprirá identificar as carreira e categoria profissionais que melhor se adequam a este exercício, os requisitos habilitacionais (habilitação académica e formação profissional), eventuais requisitos de preferência entre trabalhadores que se encontrem aptos, entre outros aspetos, dos quais destacaremos a posição hierárquica em que o trabalhador se situará, para efeitos do dever de notificação previsto no n.º 3, do artigo 290.º-A.
- c) Considerando que esta figura surge em resposta à necessidade de reduzir custos e otimizar resultados, o *outsourcing*, que se traduz inelutavelmente num aumento do custo para a entidade adjudicante, pode ser obstaculizado pelo espírito do legislador (note-se que o regime não prevê a remuneração desta figura, a qual, assim, apenas ocorre quando se tratar da atividade profissional do gestor).

2. Argumenta-se que o Gestor deve subscrever uma declaração de interesses conforme consta do Anexo XIII do CCP, ponto que acompanhamos, em tese.

- a) Acrescentamos que, caso se trate de um trabalhador em funções públicas, podem considerar-se suficientes os deveres a que o mesmo se encontra adstrito por força do vínculo contratual de que é titular: dos quais destacamos, pela definição que a própria LTFP lhes confere, os deveres de prossecução do interesse público, isenção, imparcialidade, zelo, lealdade e correcção ²⁴;
- b) Caso se recorra ao *outsourcing*, sem prejudicar o regime das obrigações oriundo do vínculo que será estabelecido, a submissão a deveres específicos traduz-se num passo logístico (e jurídico) extra, que se encontra já cumprido para os trabalhadores em funções públicas ^{25 26};
- c) Em todo o caso, o regime de impedimentos previsto no Código do Procedimento Administrativo é aplicável por si, atento os âmbitos objetivo e subjetivo desse diploma;

²⁴ Cfr. arts. 73.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada em anexo à Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, sucessivamente alterada, com a redação atualmente em vigor conferida pela Lei n.º 82/2019, de 2 de setembro.

²⁵ Para um guia completo sobre função pública, noções e princípios fundamentais, seus papel e relevância, os princípios constitucionais aplicáveis e uma análise aturada da evolução do emprego público no ordenamento jurídico português, vide, ROLO, N., (2019), Manual de Administração e Governação Pública, Volume I, Lisboa: AAFDL, pp. 397 a 532.

²⁶ Cumpre distinguir: pode o *outsourcing* ocorrer pelo recurso ao mercado ou pela via de recrutamento de trabalhador em funções públicas que se encontra a exercer atividade noutra entidade pública, o qual exercerá estas funções ao abrigo de uma acumulação de funções. Por um lado, apenas se afigura possível, a priori, categorizar as funções de gestor como funções privadas (pelo contexto do seu exercício) e, por outro, o recurso a esta via apenas se afigurar legítimo caso se tenham esgotado todas as possibilidades no interior da pessoa coletiva interessada no recrutamento. Ainda assim, o trabalhador fica vinculado tanto ao regime da acumulação de funções (arts. 19.º e ss da LTFP) como ao regime de impedimentos do CPA.

- d) A imparcialidade que aqui se procura acautelar abrange aqueles que possam ser nomeados para coadjuvar o Gestor;
- e) Ao abrigo, nomeadamente, do princípio da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos e do princípio da boa administração, é nosso entendimento que as entidades adjudicantes podem edificar códigos de ética / conduta para esta figura, tendo como suporte principal os deveres contratuais a que já fizemos referência, bem como os diversos contributos emanados por entidades como o IMPIC, IP ²⁷;
- f) Tanto no âmbito desses Códigos, como alicerçados em princípios como o da segregação de poderes, é entendimento que o Gestor não deverá ter exercido funções enquanto Júri do procedimento ²⁸ nem, diríamos, pertencer ou estar ligado / associado a entidade que tenha apresentado proposta ou respondido a convite ²⁹.

3. Em matéria de funções, as mesmas devem ser categorizadas em função da sua complexidade funcional para, assim, se poderem equiparar para efeitos de relevância curricular e remuneratórios, entre outros.

- a) Primeiramente, refira-se que não é exigida qualquer certificação específica, sem prejuízo de a exigência de conhecimentos / habilitações específicas ser cabível, quer como critério de desempate (caso existam diversos elegíveis), quer também, naturalmente, em função do contrato a celebrar, cujo acompanhamento (e, se aplicável, a elaboração dos indicadores) pode requerer tais conhecimentos / habilitações específicas;
- b) Aqui o recurso a elementos internos conhece alguns obstáculos: com efeito, a designação de um trabalhador em funções públicas como gestor do contrato tem que ter em conta: o conteúdo funcional do referido trabalhador, as tarefas já atribuídas, a

²⁷ Cumpre referir que o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P. (IMPIC, IP) é o organismo responsável pela regulação dos contratos públicos e, para efeitos do disposto no n.º 5 do artigo 83.º da Diretiva n.º 2014/24/UE, o ponto de referência de cooperação com a Comissão Europeia (vide artigo 454.º-A do CCP, e a Lei Orgânica do IMPIC, IP, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 232/2015, de 13 de outubro).

²⁸ Sobre este órgão colegial da Administração Pública, veja-se NEVES, A., "Os júris", in GOMES, C., et al (2018), Organização Administrativa: novos actores, novos modelos, volume II, Lisboa: AAFDL, pp.221 a 248. Em bom rigor, as funções do júri terminam com o fim do procedimento, e não com a adjudicação, podendo este ter de ser chamado a responder a eventuais dúvidas sobre a legalidade da sua atuação ou do resultado alcançado (p. 236).

²⁹ O IMPIC, na sua Orientação Técnica 05/CCP/2019 imprime a orientação que a escassez de recursos humanos especializado determina a ausência de impedimento legal para a que a mesma pessoa acumule estas funções, postura que, com o princípio da imparcialidade, entre outros, em mente, e atento que, no limite, o mesmo indivíduo pode ser chamado a exercer funções enquanto Júri estando já no exercício de funções como gestor, esta solução (que se pretende excepcional mas facilmente pode tornar-se regra na Administração Pública), diremos que suscita apreensão.

gestão da sua avaliação face aos parâmetros e objetivos já definidos (no contexto do SIADAP³⁰, ou derivado deste). Neste ponto em específico, afigura-se de utilidade perceber como é que as entidades adjudicantes estão a gerir a aplicação das figuras do responsável pela direcção do procedimento³¹ (art. 55.º do CPA), do responsável pelo acesso à informação (art. 9.º da Lei 26/2016, de 22 de agosto, alterada pela Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto) e do encarregado geral da protecção de dados (art. 37.º a 39.º do Regulamento Geral da Protecção de Dados³² e 9.º a 13.º da Lei 58/2019).

4. Centrando atenções na norma em apreço, o conceito aberto de “*especiais características*” poderá introduzir ruído na decisão da necessidade de se elaborar, ou não, os indicadores.

- a) Por um lado, é nosso o entendimento de que deve ser a entidade adjudicante a definir se estamos perante um contrato com «especiais características», em possível diálogo com o gestor e o cocontratante (ou com possibilidade de estes reagirem);
- b) Pode o gestor entender, através de parecer fundamentado, que o contrato não apresenta tais características — esta possibilidade não está prevista na lei, mas não se nos afigura estranha ao conjunto de competências que esta figura tem (e, de todo o modo, pode enquadrar-se como um exercício ao abrigo, entre outros, do princípio da boa administração);
- c) De todo o modo, por uma questão de segurança e certeza jurídicas, esta categorização deve ocorrer em momento prévio à adjudicação, preferencialmente com a decisão de contratar, de molde a assegurar a transparência em todo o procedimento pré-contratual e, bem assim, na execução do contrato.

5. Outra dificuldade refere-se aos indicadores de execução quantitativos e qualitativos adequados a cada tipo de contrato.

- a) O legislador foi silente quanto ao momento de criação dos indicadores³³ e o número destes, sendo que nada parece opor a que cada entidade adjudicante, a

³⁰ Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho na Administração Pública, estabelecido pela Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro, sucessivamente alterada, com a redação vigente conferida pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

³¹ Para uma análise, vide MONCADA, L. (2017) (2.º Ed.), “Código do Procedimento Administrativo Anotado”, Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, pp. 202 a 205. Ainda, COUTINHO, J., “O Responsável pelo procedimento administrativo”, in GOMES, C, et al, (2015) (2.º Ed.), Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, Lisboa: AAFDL, pp. 323 a 340.

³² Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril.

³³ Salvo, aparentemente, nas concessões de obras públicas e de serviços públicos, cujos indicadores são previstos no contrato (vide art. 418.º do CCP).

- partir do *dossier* que suprarreferimos, vá construindo o que terá por um conjunto de indicadores de referência para cada tipo de contrato, sem prejudicar, naturalmente, a competência legalmente prevista do gestor para elaborar os indicadores que repute adequados;
- b) Quanto ao objeto da medição, o legislador é particularmente claro, e concede prioridade, pelo menos na letra da norma, à execução financeira, o que pode ter como fundamento a origem desta figura (como referimos, parte também das recomendações do Tribunal de Contas);
 - c) Como teremos oportunidade de desenvolver em lugar próprio, existe ampla literatura sobre Indicadores de Desenvolvimento Sustentável que pode servir de inspiração às entidades adjudicantes.
 - d) Prosseguindo, cumpre-nos referir que, porquanto os Indicadores visam, na palavra do legislador, “*medir os níveis de desempenho do cocontratante, a execução financeira, técnica e material do contrato*”, foi entendimento do legislador que os mesmos devem ser construídos por quem possui as competências técnicas e científicas para compreender o que se espera da execução do contrato, nomeadamente a nível técnico e material — i.e., por outras palavras, o gestor do contrato;
 - e) Contudo, existem indicadores que poderiam ser construídos em conjunto com a entidade adjudicante ou, até, pela entidade adjudicante em exclusivo — referimo-nos aos indicadores de desempenho do co-contratante, que podem encontrar-se até estandardizados com base no *dossier* que referimos *supra*, bem como os indicadores relativos à execução financeira, porquanto esta é uma execução que perpassa todos os contratos que tenham um preço;
 - f) Os indicadores devem permanecer tendencialmente secretos, de forma a não perturbar a execução do contrato e, por outro lado, a prevenir riscos da sua tentativa de manipulação, sendo que o acesso aos mesmos, enquanto documentos administrativos / informação administrativa, deverá ser restrito / condicional nos termos e com os fundamentos da legislação aplicável;
 - g) Por fim, questiona-se o destino dos resultados dos indicadores — atento o silêncio do legislador, fica aberta a porta para as atuações que as entidades adjudicantes tenham por legítimas, de entre as quais podemos destacar: elaboração de relatório final e seu envio à entidade cocontratante e/ou divulgação em sessão pública; construção de baterias de indicadores e respetivos resultados (por contratos) no contexto do *dossier* ³⁴.
6. Outra dificuldade, mas de solução aparentemente simplificada, é a do papel do

³⁴ Sublinha-se que o procedimento a adoptar aqui determina o momento em que se dá a quebra do carácter predominantemente secreto dos indicadores (a ter-se seguido esta orientação).

relatório fundamentado quando o gestor tem já em si delegados os poderes necessários para a adoção de medidas corretivas.

- a) A nosso ver, mesmo a eventual delegação de poderes nesse sentido não parece precluir o dever de notificação e correspondente relatório fundamentado, ainda que o mesmo possa ter uma função reduzida à de descrição do sucedido e não, como previsto no n.º 3, de documento habilitador à necessária tomada de uma decisão.
- b) Com efeito, é aquele relatório fundamentado, enquanto fundamento para a adoção das medidas corretivas, que permite a sindicância da atuação da entidade adjudicante (ou do gestor, através da entidade adjudicante) em matéria de adoção de medidas corretivas — seja pela ação (adoção de medidas insuficientes ou desproporcionais), seja pela omissão.

7. Temos a questão se à delegação de poderes deve, ou não, ser dada devida publicidade, nomeadamente nas peças do concurso, para que os candidatos ou concorrentes tenham conhecimento da mesma. Se, por um lado, tal publicidade apenas reforça a transparência, pode incentivar as (futuras) entidades cocontratantes a influenciar o gestor do contrato no qual tenham sido delegados poderes; por outro lado, a delegação deve ocorrer previamente, pelo menos, à adjudicação, para evitar suspeitas de adequação do perfil (funcional) do gestor à entidade co-contratante.

8. Por fim, o artigo é silente quanto à responsabilidade que recai sobre o gestor e consequências do seu incumprimento.

- a) Neste ponto, referimos a responsabilidade que advém do seu estatuto enquanto trabalhador em funções públicas (sendo o caso), bem como a responsabilidade extracontratual do Estado conforme regulada pelo Regime anexo à Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro;
- b) A todos é aplicável o regime da responsabilidade civil criminal e contratual, salvaguardadas as devidas distâncias advindas do vínculo que ligar o gestor à entidade adjudicante;
- c) Frisa-se que os trabalhadores em funções públicas já conhecem, assim, um regime de responsabilidade específico, resultante de se encontram exclusivamente ao serviço do interesse público (*cf* arts. 269.º e 271.º da CRP), que se nos afigura perfeitamente apto para a figura do gestor do contrato ³⁵.

³⁵ Para um comentário sobre a responsabilidade neste âmbito, *vide* BATALHÃO, C., “A(s) responsabilidade(s) dos trabalhadores das autarquias locais”, in *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 21, Janeiro/Março de 2019, Braga: AEDREL, pp. 61 a 85).

ANÁLISE SWOT (FFOA) AO IMPACTO DA FIGURA DO GESTOR

<p>Forças</p> <p>transparência; acompanhamento em permanência e personalizado / especializado; elaboração de relatórios e indicadores.</p>	<p>Fraquezas</p> <p>falta de pessoal «especializado»; falta de experiência com indicadores; perda de transparência na gestão.</p>
<p>Oportunidades</p> <p>accountability (pela Administração e pelo co-contratante); <i>dossier</i> e indicadores de desenvolvimento sustentável; profissionalização da administração pública.</p>	<p>Ameaças</p> <p>Burocracia; imparcialidade (acumulação de papéis num mesmo procedimento); aumento de custos (<i>outsourcing</i>).</p>

Estaremos perante a oportunidade para gizar um Estatuto do Gestor do Contrato que oriente as entidades e os próprios gestores nesta nova realidade?

5. FIGURAS PRÓXIMAS

Conforme tivemos já oportunidade de referir, o Gestor do Contrato parece aproximar-se de figuras como o responsável pela direcção do procedimento (CPA), do responsável pelo acesso à informação (Lei n.º 26/2016) e do encarregado geral da protecção de dados (Regulamento Geral da Protecção de Dados e Lei n.º 58/2019). Em comum, estas figuras materializam a intenção do legislador em imprimir um novo sentido à organização da Administração Pública, conferindo-lhe rostos visíveis para a articulação com o público, as entidades privadas e as entidades públicas, com competências e responsabilidades específicas.

O gestor do contrato tem em comum com as figuras que cronologicamente o precedem (o responsável pela direcção do procedimento e o responsável pelo acesso aos documentos administrativos) o carácter lacónico das respetivas normas, o qual tem vindo a ser preenchido pela doutrina, ainda que atenuado quanto ao responsável pela direcção do procedimento (a norma identifica o responsável como alguém que se possa situar como “*inferior hierárquico*” do órgão competente para a decisão final ou, no caso de órgão colegial, a delegação é conferida a membro do órgão ou a agente desse dependente).

Já o encarregado geral da protecção de dados, que lhe é contemporâneo, beneficia de um regime mais detalhado, ainda que subsistam dúvidas e aberturas que reclamam a intervenção da doutrina para melhor esclarecimento e contextualização. Quanto a este, o legislador português, inspirado e orientado pelo RGPD, estabelece a inexigibilidade de certificação profissional específica, esclarece que as funções são exercidas com autonomia técnica, vincula o encarregado a deveres de sigilo profissional e de confidencialidade e, por fim,

impõe a obrigatoriedade de indicação de encarregado para as entidades públicas e estabelece os critérios que obrigam as entidades privadas a nomear um encarregado.

Pese embora o silêncio do legislador, é nosso entendimento que, ao abrigo de uma leitura conforme a todo o ordenamento jurídico público, podem as entidades adjudicantes procurar inspiração nas soluções encontradas para problemáticas relacionadas com a nomeação, conteúdo funcional, remuneração (à partida, vedada salvo se se tratar da atividade profissional), responsabilidade e regime sancionatório que, *mutatis mutandis*, possam ser pensadas no âmbito do gestor do contrato.

6. UM PAPEL VERDE E SOCIAL?

Como vimos, cabe ao gestor elaborar os indicadores de execução, ainda que possamos argumentar por um papel mais activo por parte da entidade adjudicante. É neste contexto que o papel do Gestor pode assumir uma faceta mais sustentável. Com efeito, o acompanhamento da execução dos contratos vai, para certo tipo de contratos, muito para além de confirmar o andamento dos trabalhos ou a prestação do serviço, bem como os pagamentos subjacentes, alcançando a execução técnica e material, tendo assim em consideração os critérios ambientais e sociais que tenham composto a proposta da entidade cocontratante.

A edificação dos indicadores pode partir da ampla literatura existente, bem como tomar partido dos estudos desenvolvidos em matéria de indicadores de desenvolvimento sustentável³⁶. Assim, para medir o desempenho do cocontratante, bem como a execução técnica e material, pode o gestor prever indicadores específicos que visem medir o nível de desempenho ambiental e social (face aos eventuais subfactores ambientais e sociais em que assentou a análise da proposta economicamente mais vantajosa). Esta afigura-se ter sido a intenção do legislador — possibilitar a sindicância da sustentabilidade na execução do contrato, através de indicadores de execução quantitativos e qualitativos.

Por outro lado, os desvios, defeitos ou outras anomalias podem estar especificamente relacionados com circunstâncias ambientais e sociais. O relatório fundamentado que se segue deverá, assim, propor medidas de correcção que visem a reposição da situação normal (face ao contratualizado), com o fito de preservar, também, a sustentabilidade da execução do contrato.

Recordemos que os cocontratantes devem respeitar as normas aplicáveis em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de género, cabendo às entidades adjudicantes

³⁶ Aqui, conferimos destaque ao projeto M.A.I.S. Estarreja e respetiva produção científica, disponível em: <https://www.fd.uc.pt/maisestarreja/>. A elaboração pode inspirar-se também na Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas 2020 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/2016, publicada a 29 de julho de 2016).

assegurar, na formação e na execução dos contratos públicos, esse respeito (art. 1.º-A do CCP). O Gestor pode, assim, assumir um papel de garantia do cumprimento desse dever.

Referimos já a questão do que fazer com os resultados dos indicadores. Inspirados pelo projeto M.A.I.S. Estarreja, podemos argumentar que se encontram reunidas as condições para o Gestor proceder a uma análise integrada dos indicadores, agregados por categorias, de molde a perceber, por exemplo, quais os indicadores (e respetiva categoria) mais utilizados, os resultados alcançados, as dificuldades na implementação e, de outro modo, as dificuldades na execução dos contratos que os indicadores revelaram. Tais matrizes, a constar do relatório final que referimos *supra*, assumem uma importância fundamental na melhoria da gestão da contratação pública, ainda que as mesmas se cinjam ao consumo interno das entidades adjudicantes.

Estas são meras aproximações que visam contextualizar e trazer sedimento à introdução do princípio da sustentabilidade, introduzido em 2017 no elenco dos princípios que devem ser respeitados na formação e na execução dos contratos públicos.

7. EM CONCLUSÃO

O Gestor do Contrato foi introduzido pelo Decreto-Lei n.º 117-B/2017, o qual surge em resposta à necessidade de transposição das Diretivas de 2014, mas tem como fundamento os contributos doutrinários e jurisprudenciais (Tribunal de Contas). A sua indicação é obrigatória, compete-lhe acompanhar a execução de todos os contratos, notificar os desvios a essa execução, propor medidas corretivas (podendo ter poderes para as aplicar), e, para determinados contratos, tem funções acrescidas de elaboração de indicadores de execução. Acresce o dever de, perante desvios, defeitos ou outras anomalias, notificação do órgão competente, notificação acompanhada de relatório fundamentado com propostas de medidas de correção. Ao gestor podem, ainda, ser delegados poderes para a adoção das medidas correctivas.

Pelas funções que desempenha, nomeadamente a elaboração dos indicadores, a figura do Gestor é um meio privilegiado para uma atuação das entidades adjudicantes conforme ao princípio da sustentabilidade e da garantia que estas entidades velam pelo respeito, por parte dos operadores económicos, da legislação aplicável.

Com isto não se quer dizer que deve o gestor prejudicar as suas outras competências, nem conferir particular destaque às preocupações ambientais / sociais. Pelo contrário, a utilidade e o eventual prestígio desta figura estão associados à capacidade de gestão integrada dessas competências, com resultados quantitativos e qualitativos que permitam, na nossa óptica, a construção do suprarreferido *dossier e, a final*, a racionalização da atividade das entidades adjudicantes, com particular foco na diminuição de desperdícios. Assim, o que procuramos sublinhar é que, na esteira da tarefa fundamental do Estado de defesa do ambiente (alínea *d*), do art. 9.º, e alínea *f*), do n.º 2, do art. 68.º, ambos da

CRP) e com eco na política da União Europeia em matéria de objetivos relacionados com o domínio do ambiente, no âmbito do objetivo de atingir um nível de protecção elevado, (cfr art. 191.º do TFUE), fruto do seu empenho no desenvolvimento sustentável (cfr n.ºs 3 e 5 do artigo 3.º do TUE), mas especificamente ao abrigo do princípio da integração (cfr art. 11.º do TFUE), o gestor pode surgir como um garante da sustentabilidade desta nova contratação pública sustentável.

Acresce que, conforme explorado, o Gestor do contrato foi uma inovação nacional, não prevista nas Diretivas de 2014 pelo que pode ser uma oportunidade de *benchmarking* para outros Estados-Membros. Esta oportunidade será, a nosso ver, tanto mais consistente quanto mais pró-activa for a Administração Pública na gestão desta figura e, por outro lado, quanto mais dinâmico e empenhado for o gestor do contrato, nomeadamente em sede de indicadores cuja génese visou-os como instrumentos aptos a avaliar, também, os aspetos da sustentabilidade na execução de cada contrato. A projeção nacional abrangerá, assim, a figura do gestor quer enquanto meio para reduzir custo e otimizar resultados como, e no que a esta investigação é mais caro, meio para alcançar e acautelar a sustentabilidade na contratação pública (sustentável). A possibilidade do Gestor do Contrato trazer um ganho efetivo para a economia, eficiência e eficácia está nas mãos das entidades adjudicantes, as quais, através de um esforço aturado, integrado e informado podem profissionalizar os seus quadros e construir uma gestão dos contratos públicos que ecoe para além fronteiras.

Palavras-chave: Contratação pública sustentável; gestor do contrato; indicadores de sustentabilidade; direito público.