

Tipos e Escolha de Procedimentos na Lei da Contratação Pública de Angola; Algumas reflexões críticas

**Types and choice of procedures in the Angolan Public Procurement Law – a
critical analysis**

João Pacheco de Amorim

Advogado Especialista em Direito Administrativo (Título da Ordem dos Advogados
Portugueses); Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Janeiro de 2016

RESUMO: No presente artigo, o Autor procura, pelo cotejo da Lei da Contratação Pública de Angola (LCPA) e restantes normativos sobre contratação pública aplicáveis à matéria abordada, efetuar uma breve exposição sobre os tipos de procedimento contratual à disposição das entidades adjudicantes, bem como quando e como estes podem ser escolhidos, sempre recorrendo à interpretação, aprofundamento e análise crítica das normas em confronto.

PALAVRAS-CHAVE: Lei da Contratação Pública de Angola; Contratação pública; Princípios gerais; Procedimentos contratuais; Critérios de escolha do procedimento

ABSTRACT: In the present article, the Author's purpose is to analyse briefly, and in a critical way, the Angolan public procurement legislation, most specifically the Angolan Public Procurement Law (LCPA), focusing on the different types of procedures available and how can they be chosen by public entities.

KEY WORDS: Angolan Public Procurement Law; Public procurement; General principles; Contractual procedure; Choice of procedure

SUMÁRIO*:

1. Entrada no tema
2. Os tipos de procedimentos (CAP. I, Art.ºs 22.º e 23.º)
3. Escolha do procedimento em função do valor estimado do contrato (CAP. II, Art.ºs 24.º a 26.º)
4. Escolha do procedimento em função de critérios materiais (CAP. III, Art.ºs 27.º a 30.º)

* O texto corresponde à palestra proferida pelo autor na Conferência Internacional sobre Contratação Pública promovida pela Procuradoria-Geral da República de Angola e que se realizou em Luanda, no Auditório do Palácio da Justiça, em 17 de novembro de 2015.

1. Entrada no tema

Comece por se sublinhar que, a par da LCPA – Lei da Contratação Pública de Angola (Lei n.º 20/10 de 7 de setembro), diploma que corresponde *grossa modo* ao Código dos Contratos Públicos português, subsiste no ordenamento jurídico angolano o Capítulo VIII (“Do Contrato Administrativo”), constituído pelos art.ºs 120.º a 129.º do equivalente angolano do nosso Código do Procedimento Administrativo, que é o NPAA – Diploma sobre Normas do Procedimento e Atividade Administrativa (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16-A/95, de 15 de dezembro), conjunto de preceitos também ele regulador da matéria de contratação pública, mais precisamente dos contratos públicos com natureza administrativa.

Passando agora ao âmbito objetivo de aplicação da LCPA, refira-se desde logo que regula este diploma quer o *procedimento de formação* de sete tipos de contratos públicos, quer o *regime substantivo* do primeiro e último dos contratos referidos (cf. art.ºs 180.º a 347.º e 349.º). Os sete tipos de contratos regulados na LCPA são (i) a *empreitada de obras públicas*, (ii) a *locação de bens*, (iii) a *aquisição de bens*, (iv) a *aquisição de serviços* (com normas especiais relativamente aos contratos de conceção e de aquisição de serviços de consultadoria), (v) a *concessão de obras públicas* e (vi) a *concessão de serviços públicos* – cf. art.º 2.º, n.ºs 1 e 2 – e ainda (vii) o *fornecimento de obras* (cf. art.º 349.º).

Note-se que nem todos estes contratos públicos são administrativos: quer o contrato de aquisição de serviços cujo objeto não consista na direta prossecução pelo contraente privado de atribuições públicas (“fins de imediata utilidade pública”), quer o contrato de aquisição de bens móveis que não seja de fornecimento contínuo (o mesmo é dizer, os vulgares contratos de compra e venda, de execução instantânea), são contratos públicos, mas de direito privado; vale dizer que não são contratos administrativos, não estando como tal sujeitos na sua vida ou execução ao regime substantivo dos art.ºs 122.º e 127.º a 130.º das NPAA. Só se lhes aplica portanto, em termos de direito público, o regime procedimental administrativo da LCPA relativo à respetiva formação (o que é suficiente para a sua qualificação legal como contratos públicos) – sendo todas as questões que se suscitarem acerca das suas validade, interpretação, execução e cumprimento reguladas pelo Código Civil, e ainda, se for o caso, pela legislação comercial aplicável.

Quanto às NPAA, elas estipulam os princípios gerais e as bases do regime substantivo dos contratos administrativos. Para esta lei é contrato administrativo todo o “*acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica de direito público entre a Administração e um particular tendo como finalidade (leia-se, imediata) a realização de um interesse público*”, sendo considerados como tal, a título exemplificativo, os contratos de *empreitada de obras públicas*, os contratos de *concessão* (de obras públicas, de serviços públicos, de uso privativo do domínio público, de exploração do domínio público e de exploração de jogos de fortuna ou azar), os contratos de *fornecimento contínuo* de bens (móveis) e os contratos de *aquisição de serviços de imediata utilidade pública* (art.º 120.º, n.ºs 1 e 2).

Mas não se limitam as NPAA ao regime substantivo dos contratos administrativos: elas enunciam nos art.ºs 123.º a 125.º alguns conceitos e princípios basilares relativos ao procedimento de formação de todos estes contratos (cf. art.º 123.º). É desde logo consagrada no art.º 125.º, n.º 1 a *regra do concurso público* (que a partir da entrada em vigor da LCPA se deve considerar abranger não apenas o procedimento de concurso público em sentido estrito, mas também, e indiferenciadamente, o outro procedimento aberto ou concorrencial, que é o do concurso limitado por prévia qualificação).

Para além da previsão dos procedimentos de *concurso público* e de *concurso limitado* (subdividindo-se esta segunda figura, desde a entrada em vigor da LCPA, no *concurso limitado por prévia qualificação* e no *concurso limitado sem apresentação de candidaturas*), continua a ser objeto de previsão legal neste diploma o procedimento de *ajuste direto* (de convite a uma única entidade), a par dos demais procedimentos instituídos na LCPA (art.ºs 22.º e 23.º), o qual não só se deverá entender não ter sido suprimido pela LCPA, como se deverá ainda alargar, sendo caso disso, e como melhor veremos, à formação dos demais contratos públicos abrangidos por este último diploma. O procedimento de ajuste direto está todavia incluído na categoria como veremos algo mais abrangente do “procedimento” ou “processo” de “negociação”, que para valores superiores a 18.000.000,00 Kwanzas (Kz) apenas poderá ser escolhido pela entidade contratante com recurso a critérios materiais.

Lembre-se, a propósito do que se acaba de dizer, que por um lado a LCPA não se aplica a todos os contratos administrativos, na medida em que ficam de fora as concessões de uso privativo do domínio público, de exploração do domínio público e de exploração de jogos de fortuna ou azar; e que o Capítulo VIII das NPAA não se aplica por seu turno a todos os contratos públicos cujo procedimento de formação é regulado pela LCPA, sendo excluídos do seu âmbito de aplicação os contratos públicos de direito privado, que são como vimos quer todo o contrato de aquisição de serviços cujo objeto não consista na direta prossecução pelo contraente privado de atribuições públicas (“fins de imediata utilidade pública”), quer todo o contrato de aquisição de bens móveis que não seja de fornecimento contínuo.

Finalmente, e ainda no âmbito das conexões entre um e outro diplomas, importa referir que se extrai do art.º 350.º da LCPA que os princípios estabelecidos neste diploma em sede substantiva, mais precisamente no seu Título V (regime das empreitadas de obra públicas – art.ºs 180.º a 348.º), se aplicarão também às matérias de validade, interpretação, execução e cumprimento dos contratos de concessão de obras e serviços públicos, sem prejuízo da remissão ali operada do regime substantivo destas duas figuras contratuais para lei especial.

Mais do que isso, acrescente-se, deverá o regime substantivo da empreitada de obras públicas fixado na LCPA ser aplicado analogicamente – o mesmo é dizer, sempre com as devidas adaptações – à vida dos demais contratos administrativos.

2. Os tipos de procedimentos (CAP. I, Art.ºs 22.º e 23.º)

Passando ao Capítulo I do Título II da LCPA, que prevê e define os tipos de procedimentos de contratação pública – matéria que especificamente me proponho analisar –, comece por se lembrar que, e como vimos já, aos procedimentos de *concurso público*, de *concurso limitado por prévia qualificação*, de *concurso limitado sem apresentação de candidaturas* e de *procedimento de negociação* (cf. art.ºs 22.º e 23.º da LCPA), deveremos acrescentar o procedimento de *ajuste direto* previsto no art.º 124.º, n.º 1 das NPAA.

Vamos agora abordar cada um destes procedimentos a partir das definições que nos são dadas pelo art.º 23.º da LCPA de cada uma das figuras, e tentar resolver as lacunas, ambiguidades e contradições que aqui e ali se nos vão deparando.

O *Concurso Público* é definido como um “*sistema de contratação aberto, em que, pelo elevado valor das aquisições envolvidas ou por outras razões materiais, podem concorrer todas as entidades, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras que reúnam os requisitos exigidos em abstrato, no aviso ou no programa*” (al. a)).

Questão que aqui se levanta é a de saber até que ponto pode a entidade contratante “elevar” o nível de exigência relativamente às pessoas dos concorrentes, nos respetivos requisitos de admissão – requisitos esses que deverão ficar especificados no programa do concurso, “nos termos da presente lei”, como dispõe a al. e) do n.º 1 do art.º 60.º (“Programa do Concurso”). Deveremos entender a expressão “nos termos da presente lei” como uma limitação absoluta, no sentido de não serem permitidos outros requisitos que não os expressamente previstos na LCPC, para além dos requisitos expressamente previstos noutros diplomas (como a posse dos necessários alvarás de construção por parte das empresas de construção civil e obras públicas, ou das habilitações académicas e profissionais necessárias para o exercício da profissão, nas aquisições de serviços jurídicos, médicos, de arquitetura, etc., ou ainda da previsão no objeto social da empresa candidata da atividade a que se refere o concurso)?

Julga-se que o caráter aberto deste particular procedimento permite algo mais, a saber exigências óbvias e razoáveis de caráter profissional, técnico ou financeiro, como um período mínimo de existência ou de experiência relevante no tipo de atividade a desenvolver por parte das entidades concorrentes (ou, individualmente, dos respetivos administradores e quadros). Já não poderá a entidade contratante, a meu ver, exigir requisitos mínimos *quantitativos* de capacidade técnica e financeira que os candidatos devam preencher, para além dos legalmente exigidos: é uma possibilidade que apenas está expressamente contemplada para o concurso limitado por prévia qualificação, mais precisamente no n.º 2 do art.º 120.º, razão pela qual, quanto mais não seja pelo argumento *a contrario sensu*, não se deverá estender ao procedimento aberto e concorrencial por excelência, como é o concurso público.

O *Concurso Limitado por Prévia Qualificação* é também classificado como um “*sistema aberto, mas que exige uma prévia seleção das empresas, pela entidade contratante*” (al. b)).

Só algumas das entidades candidatas – pelo menos três, se o número de candidatos for igual ou superior a este número – serão selecionadas, numa primeira fase do procedimento, para apresentar proposta.

Questão relevante é a do significado da expressão entre parênteses (*procedimentalizada ou não*). A nosso ver, só se pode extrair daqui o seguinte significado: não prevendo expressamente o art.º 125.º (“Admissão e seleção das candidaturas”) qualquer tramitação prévia à decisão de seleção dos candidatos que irão ser convidados a apresentar proposta, designadamente uma fase de audiência dos interessados, pode contudo a entidade contratante prever no programa de concurso alguma procedimentalização desta fase do concurso limitado, desde logo a dita audiência.

O *Concurso Limitado sem Apresentação de Candidaturas* é por seu turno definido como um “sistema em que a entidade contratante convida as pessoas singulares ou coletivas que considera mais idóneas e especializadas, para apresentarem as suas propostas” (al. c)). A escolha das entidades a convidar é discricionária, isto sem prejuízo, naturalmente, da exigência de fundamentação que as NPAA requerem para qualquer ato administrativo, designadamente discricionário.

Mais nos diz a al. d) do art.º 23.º da LPCA que consiste o *Procedimento por Negociação* num sistema de contratação em que é endereçado um “convite aos interessados, em geral ou limitadamente, para apresentarem as suas candidaturas ou propostas que, depois de analisadas e valoradas, são objeto de discussão e negociação com a entidade contratante, a fim de as harmonizar com o interesse público, escolhendo-se a proposta adjudicatária em função não só da proposta inicial, mas também, das correções resultantes da negociação”. Em complemento desta definição um tanto complexa, dispõe o art.º 132.º que “o procedimento de negociação rege-se, com as necessárias adaptações, pelas disposições que regulam o concurso limitado por prévia qualificação em tudo o que não esteja especialmente previsto nos artigos seguintes”.

Verdadeiramente, e é mais simples dizê-lo assim, o procedimento de negociação é um procedimento complementar que poderá ser acoplado ao procedimento de concurso limitado por prévia qualificação – uma fase eventual deste procedimento em que as propostas, “depois de analisadas e valoradas, são objeto de discussão e negociação com a entidade contratante”.

Enfim, temos ainda um quinto procedimento de contratação pública, o *ajuste direto* – como vimos um procedimento de contratação em que é endereçado convite para apresentação de proposta a uma única entidade discricionariamente escolhida pela entidade contratante, sendo também a proposta objeto necessariamente de discussão e negociação entre o particular e a dita entidade contratante, a fim de a harmonizar com interesse público.

Note-se que no Direito da União Europeia o *ajuste direto*, tal qual o acabamos de definir, é designado por *negociação*, sendo este conceito utilizado pelas diretivas comunitárias sobre contratação pública seja no sentido de ajuste direto, seja para denominar o procedimento

complementar de negociação ali consagrado em moldes que quer o direito português, quer o direito angolano da contratação pública de algum modo reproduzem. Ora, como veremos, também a LCPA utiliza o conceito de negociação (mais precisamente, *processo de negociação*) para designar o ajuste direto, no capítulo da escolha do procedimento em função de critérios materiais.

3. Escolha do procedimento em função do valor estimado do contrato (CAP. II, Art.ºs 24.º a 26.º)

Surge-nos neste Capítulo II da LCPA um artigo todo ele insólito: o art.º 25.º, em todas as suas três alíneas. E insólito porquê? Por várias razões.

Quanto à al. a) do art.º 25.º, manda este preceito, literalmente, adotar “o concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, quando o valor estimado do contrato for igual ou superior ao constante no nível 8 da Tabela de Limites de Valores, constante do Anexo I da presente lei” – excluindo aparentemente a possibilidade de as entidades contratantes a eles recorrerem sempre que o valor seja inferior a 500.000.000,00 Kz. Mas é claro que se impõe aqui uma *interpretação corretiva*: o que o legislador quis verdadeiramente dizer foi que (só) quando o valor estimado do contrato for igual ou superior a 500.000.000,00 Kz é que passa a ser obrigatória a adoção daqueles procedimentos concorrenciais.

No que se refere à al. c) do mesmo artigo, fixa este preceito para um procedimento aberto e concorrencial – aliás o procedimento mais pesado de todos, a saber o procedimento de negociação, que em Portugal apenas tem sido usado para a contratação de obras de enorme dimensão e complexidade (é o que tem mais fases: apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos, apresentação e análise das propostas, negociação das propostas e adjudicação – cf. art.º 113.º) – um limiar injustificadamente baixo (36.000.000 Kz). Temos dúvidas que alguma entidade contratante angolana tenha até hoje recorrido a esta figura, atentos os custos em tempo e dinheiro implicados, em absoluto contraste com o baixíssimo limiar máximo de valor fixado.

Finalmente, depara-se-nos um outro problema, que é o disposto na al. b): fixa está alínea um limiar inferior de 18.000.000,00 Kz para o procedimento mais leve dos quatro expressamente contemplados na LCPA, que é o de concurso limitado sem apresentação de candidaturas. E a norma é tão clara na fixação deste limiar mínimo, que não há interpretação corretiva que valha. *Quid juris*, pois, quanto aos contratos com valor inferior a 18.000.000,00 Kz? Não faz sentido recorrer aqui aos procedimentos mais pesados (concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, ou ainda ao concurso limitado por prévia qualificação com fase complementar de negociação).

Mas nesse caso a única saída para o problema que a lei nos coloca será nós entendermos que o “procedimento” ou “processo” de “negociação” previsto nos art.ºs 22.º e 23.º, al. d)

alcança duas figuras que de comum só têm a fase das negociações: a do concurso público limitado por prévia qualificação com fase complementar de negociações (especificamente regulado nos art.ºs 132.º a 139.º) e a de um ajuste direto com convite a uma só entidade que englobe sempre e por definição uma negociação da proposta apresentada pela única entidade convidada para o efeito, não especificamente regulada na LCPA por pura e simples desnecessidade (atenta a respetiva simplicidade). Assim sendo, abaixo dos 18.000.000,00 Kz poderá haver lugar ao dito ajuste direto.

Surge-nos enfim, e a este propósito, um problema importante, que é o do relevo do preço base indicado pela entidade pública contratante, e que é calculado em função do valor económico das prestações a contratar (cf. art.º 24.º). Como bem notam Lara Craveiro¹ e Jorge Andrade e Silva², a apresentação de uma proposta com preço superior ao preço base não é causa de exclusão da proposta (cf. art.º 87.º), não sendo tão pouco a hipótese de todos os candidatos ou concorrentes apresentarem preços consideravelmente superiores àquele preço sequer uma das causas previstas de não adjudicação (cf. art.º 100.º).

Todavia, no caso de todas as propostas apresentarem preços consideravelmente superiores ao preço base, das duas, uma: ou tal revela falhas no estudo económico prévio que determinou o preço base, e isso mesmo deverá ser assumido expressamente pela entidade contratante na fundamentação da decisão de adjudicação, ou então terá de se considerar esse circunstancialismo como indiciador de conluio, mais precisamente de práticas ou acordos anticoncorrenciais – e aí poderá haver lugar a uma decisão de não adjudicação com esse fundamento, ao abrigo da previsão da al. g) do art.º 87.º. Caberá então aos interessados, na impugnação de uma tal decisão, demonstrar que, diferentemente do que afirma a entidade contratante na fundamentação do ato de não adjudicação, o problema é do estudo prévio e não dos preços consideravelmente superiores ao preço base constantes das propostas de todos os candidatos ou concorrentes.

4. Escolha do procedimento em função de critérios materiais (CAP. III, Art.ºs 27.º a 30.º)

Como já acima se aludiu, em quase todas as hipóteses contempladas nos art.º 28.º a 30.º, sob a designação de “processo de negociação” o que o legislador pretende designar não é, obviamente, o pesado procedimento de concurso limitado por prévia qualificação complementado por uma fase de negociação (regulado nos art.ºs 132.º a 139.º), mas uma figura de ajuste direto que compreenda por definição a dita fase de negociação.

¹ Cf. LARA CRAVEIRO, *Contratação Pública em Angola*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2015, p. 81.

² Cf. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Lei da Contratação Pública Angolana Comentada e Anotada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 64-65.

Permitimo-nos apenas introduzir aqui uma *nuance*, e que tem a ver com a hipótese prevista na al. b) do art.º 28.º, que permite a escolha do “processo de negociação” quando, “*por motivos de aptidão técnica ou artística ou relativos à proteção de direitos exclusivos ou de direitos de autor, a empreitada, a locação ou o fornecimento de bens ou serviços apenas possa ser realizado por poucos empreiteiros, locadores, fornecedores ou prestadores de serviços*”. Neste caso, mandam os princípios da igualdade e da concorrência que sejam convidados a apresentar proposta todos os “poucos empreiteiros, locadores, fornecedores ou prestadores de serviços”, e não apenas um deles. Ou seja, quer isto dizer que o procedimento a que terá aqui que haver lugar será o do Concurso Limitado sem Apresentação de Candidaturas, com a especificidade de poderem ser apenas dois (e não três) os ditos poucos operadores económicos aptos a apresentar proposta.