

Revisitando os critérios de desempate de propostas à luz da revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos

Marco Real Martins
Advogado

Sumário: **1.** A natureza do critério de desempate: o critério de desempate como critério de adjudicação (subsidiário) de uma de entre as melhores propostas. **2.** Os critérios de desempate de propostas na revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos: uma alteração parcialmente positiva e parcialmente errática. **3.** Conclusão.

1. A natureza do critério de desempate: o critério de desempate como critério de adjudicação (subsidiário) de uma de entre as melhores propostas

Para além dos casos em que só tenha sido apresentada uma proposta ou em que só uma, de entre todas as apresentadas, não incida em motivos de exclusão¹, a adjudicação traduz uma *escolha*: a

¹ Em todos esses casos, em que *há apenas uma* proposta adjudicável, *não há qualquer escolha* a fazer, precisamente porque resta apenas uma proposta. Isto porque, como é evidente, *qualquer escolha pressupõe, logicamente, a existência de alternativas* (pelo menos duas; no caso, pelo menos duas propostas; cfr. n.º 1 do artigo 73.º do CCP: «[a] adjudicação é o acto pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar [...] escolhe uma *de entre as propostas* apresentadas»). Deste modo, nas situações em que há apenas uma proposta adjudicável resta ao órgão competente para a decisão de contratar *aceitar essa única proposta* (cfr. n.º 1 do artigo 73.º: «A adjudicação é o acto pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar *aceita a única proposta...*»), *independentemente da hipotética performance avaliativa da mesma, não havendo, assim, um processo de escolha subjacente a tal decisão*. Por isso mesmo, essa (única) proposta não carece de ser *avaliada*, tendo apenas de ser *analisada* (para ser aferida a existência de causas de exclusão), na exata medida em que a avaliação das propostas é uma atividade orientada para a ordenação das mesmas, de forma a permitir a adjudicação da proposta melhor classificada...: havendo uma só proposta, será *necessariamente* essa a proposta a adjudicar. Repare-se que tal não significa que haja um impedimento em avaliar essa única proposta, mas significa certamente que essa tarefa, a ser empreendida, será inútil, porque *desprovida de qualquer efeito adjudicatório relevante*. Ou seja, qualquer que fosse a pontuação dessa (única) proposta por aplicação do modelo de avaliação, haveria

escolha da melhor proposta de entre as várias propostas apresentadas e avaliadas, ou, noutra formulação, a *escolha da melhor proposta* de entre as várias propostas adjudicáveis².

sempre o dever de adjudicá-la [cfr. n.º 1 do artigo 76.º do CCP, desde logo por a existência de uma só proposta adjudicável não constituir, regra geral, fundamento de não adjudicação, cfr. n.º 1 do artigo 79.º do mesmo diploma, com exceção dos casos na sua alínea g)], mesmo, portanto, que tal proposta fosse pontuável (*i.e.*, avaliada) da pior forma possível (*v.g.*, com 0 pontos em todos os fatores e subfactores elementares, na situação mais extrema). É também isso que explica, de resto, que o procedimento de ajuste direto prescindia da prévia enunciação de um critério de adjudicação no convite [cfr. n.º 1 do artigo 115.º do CCP, o que é igualmente evidenciado pela sua contraposição com o disposto na alínea b) do n.º 2 do mesmo artigo, só aplicável ao procedimento de consulta prévia, em que são convidadas pelo menos três entidades, cfr. n.º 1 do artigo 112.º e n.º 1 do artigo 114.º, ambos do CCP]: sendo o ajuste direto «o procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente *uma entidade* à sua escolha a apresentar proposta» (cfr. n.º 2 do artigo 112.º do CCP), não há escolha possível, havendo apenas que analisar a única proposta apresentada e aceitar a mesma (cfr. n.º 1 do artigo 73.º) caso ela não deva ser excluída; é dizer, também aqui não há qualquer ambiência competitiva que possibilite (ou justifique) a avaliação dessa proposta, razão pela qual não carece de ser indicado no convite do ajuste direto um critério de adjudicação.

² A este propósito, cumpre frisar que qualquer proposta que não incida em causas de exclusão pode, em abstrato, ser a proposta adjudicada: basta que a adjudicação da proposta melhor classificada caduque (por algum dos motivos taxativamente previstos na lei) para que “entre em cena” o “*dever de adjudicação subsidiária*” (cfr. expressão de RÁMON PARADA, *apud* BERNARDO DE AZEVEDO, *Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos*,

Toda a escolha pressupõe um critério. Em contratação pública sucede o mesmo, com a dificuldade acrescida de esse critério (e o modo como ele é aplicado, quando for o caso) ter de ser enunciado *ex ante*, ou seja, antes de conhecer as propostas: a escolha da melhor proposta tem por base, como é sabido, o denominado “critério de adjudicação”, operacionalizado, sempre que necessário³, através de um “modelo de avaliação de propostas”, o qual permite “medir” a *performance de cada proposta adjudicável*, com a finalidade de as graduar e, assim, permitir escolher (*rectius*, adjudicar) a proposta melhor classificada.

A asserção anterior, com plena tradução na letra do n.º 1 do artigo 73.º do Código dos Contratos Públicos⁴ (“CCP”), permite concluir que a *avaliação de propostas é um processo competitivo e relacional*

in “Estudos de Contratação Pública – II”, Coimbra, 2010, p. 238, nota de pé de página n.º 18), dever esse que se mantém enquanto existirem propostas adjudicáveis (*i.e.*, propostas apresentadas que não incidam em quaisquer motivos de exclusão). Sobre o tema, cfr. o nosso *Sentenças substitutivas de actos administrativos sob o signo do princípio da tutela jurisdicional efectiva – em especial, dos procedimentos de formação de contratos públicos*, in “O Direito”, Ano 143.º, 2011, II, Almedina, p. 417), onde se deixou dito que «o próprio “dever de adjudicação subsidiária” [...] apenas confirma o entendimento [...] quanto ao alcance do dever de adjudicação, por uma simples razão de índole lógico-jurídica: só faz sentido haver um dever de “adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente” [...] se igual dever se verificava relativamente à proposta inicialmente adjudicada».

³ Será sempre necessário um modelo de avaliação de propostas quando o critério da proposta economicamente mais vantajosa seja composto por um conjunto de fatores e eventuais subfatores [cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º e n.º 1 do artigo 139.º, ambos do CCP], salvo nos procedimentos de ajuste direto, em que não há sequer critério de adjudicação, e nos procedimentos de consulta prévia, em que, havendo critério de adjudicação, não é obrigatória a existência de um modelo de avaliação de propostas (cfr. segundo § da nota de pé de página n.º 1 *supra*).

⁴ Cuja letra carece de interpretação corretiva: quando a lei refere que «[a] adjudicação é o acto pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta *apresentada* ou escolhe uma de entre as propostas *apresentadas*» (cfr. n.º 1 do artigo 73.º do CCP), aquilo a que a norma se reporta não é, como é evidente, a todas as propostas apresentadas, *mas apenas e só às propostas apresentadas que não devam ser excluídas*; noutra formulação: a norma pretende inequivocamente referir-se tão-só às propostas adjudicáveis, relativamente às quais na fase (metodologicamente) prévia (à avaliação) de análise das propostas não foram identificadas quaisquer causas de exclusão.

*de medição da performance (parcial e global)*⁵ das

⁵ Como deixámos dito noutra lugar (cfr. o nosso *Sentenças substitutivas...*, *ob. cit.*, pp. 420-421) a propósito dos *modelos de avaliação de propostas*:

«Genericamente, a utilização de modelos de avaliação de propostas visa a tomada de decisões racionais e o mais possível objetivamente justificáveis, o que pressupõe, naturalmente, uma correta “avaliação *ex-ante*, balanceando custos e benefícios”, das necessidades que careçam de ser supridas. Mais precisamente, tais modelos têm por finalidade (procedimental) a *medição da performance de cada proposta, para efeitos de adjudicação, de acordo com a escala de pontuação aprioristicamente fixada*, a propósito de cada factor (ou subfactor) elementar individualizadamente considerado (*performance parcial*), sendo a pontuação global de cada proposta (*performance global*) o resultado da soma das diversas pontuações parciais. Por sua vez, a definição das escalas de pontuação deve atender à natureza dos factores (ou subfactores) elementares que compõem o modelo de avaliação.

Assim, para factores (ou subfactores) elementares *medidos exclusivamente de forma quantitativa* (vg., metros, quilos, etc.), a definição das escalas de pontuação deve ser efectuada através de uma “expressão matemática”, a qual deverá permitir a transformação da informação de origem (*rectius*, os *atributos* das propostas), que se encontra(m) nas diversas propostas – aquilo a que poderíamos designar por uma escala natural –, numa *escala adimensional ou convencional (rectius, a escala de pontuação)*, de forma a permitir agregar todas aquelas pontuações (parciais) numa única pontuação, a saber, a pontuação global de cada proposta, para efeitos de adjudicação.

Mais complexa se apresenta a avaliação dos factores (ou subfactores) elementares *medidos qualitativamente*. Neste último caso, a definição das escalas de pontuação deve ser feita através da previsão de um conjunto ordenado de diferentes níveis, correspondentes aos atributos (ou intervalos de atributos) qualitativos, suficientemente descritos, “susceptíveis de serem propostos para o aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse factor ou subfactor” (cfr. artigo 139.º, n.º 3 *in fine* do CCP). Neste caso, impõe-se um “juízo de comparação do respectivo atributo com o conjunto ordenado” (cfr. artigo 139.º, n.º 5, *in fine*, do CCP), ou seja, no contexto dos diferentes níveis qualitativos previstos. Por conseguinte, esta tarefa intelectual (e não matemática) de recondução dos diversos atributos à descrição semântica dos diversos níveis qualitativos é eminentemente marcada por uma significativa margem de livre decisão administrativa. É neste domínio, efectivamente, que se verifica espaço para juízos (“técnicos”) discricionários, por envolverem ou pressuporem o apelo a “valorações próprias do exercício da função administrativa”, para utilizar uma expressão recorrentemente utilizada pelo legislador adjectivo. Nessa medida, tais pontuações serão, em princípio, insindicáveis pelo juiz administrativo, pelo que se trata de uma situação de verdadeira e própria infungibilidade, razão pela qual neste caso se deve liminarmente afastar a possibilidade de prolação de uma pronúncia jurisdicional substitutiva do acto adjudicatório.

*propostas adjudicáveis em termos compensatórios (de modo a ordená-las e, dessa forma, possibilitar a escolha da proposta melhor classificada), na exata medida em que pressupõe a existência de uma ambiência procedimental competitiva – que não existe quando só tenha sido apresentada uma proposta ou em que só uma, de entre todas as apresentadas, não incida em motivos de exclusão*⁶.

O critério de adjudicação não é mais, por isso, que um critério de escolha: um critério de escolha da melhor proposta adjudicável.

O critério de desempate, por sua vez, também é um critério de adjudicação ou de escolha – ainda que subsidiário, por só intervir quando o critério de adjudicação primário conduzir ao impasse decisório que o empate suscita⁷ –, pela simples razão de que permite escolher uma proposta para efeitos de adjudicação, a qual não será, todavia, a melhor proposta, mas antes qualquer uma das propostas empatadas (com a mais alta pontuação global), ou seja, qualquer uma de entre as melhores propostas, sem que aquela seja melhor que as demais propostas com a mesma pontuação global: em rigor, não é melhor nem pior, é igual àquelas, porquanto todas as propostas empatadas foram igualizadas (na perspetiva do interesse público a satisfazer) pelo modelo de avaliação de propostas, quando o critério for multifatorial, ou pela equivalência plena do único atributo das propostas, quando o critério for monofatorial.

Naquele primeiro caso (critério multifatorial), tal conclusão decorre inarredavelmente da natureza compensatória do modelo de avaliação de propostas, o que traduz a simples realidade de que “uma pior

pontuação parcial num dos fatores densificadores do critério pode ser sempre compensada por uma melhor pontuação noutra dos factores”⁸, em termos tais que “se várias propostas obtêm a mesma pontuação global é porque são absolutamente iguais do ponto de vista da vantajosidade ou da atratividade que oferecem à entidade adjudicante e, conseqüentemente, ao interesse público que esta visa prosseguir com a adjudicação. Por outras palavras: celebrar o contrato com qualquer dessas propostas é rigorosamente igual, pois todas elas oferecem globalmente (economicamente, na expressão da lei) as mesmas vantagens”⁹, como salienta JOÃO AMARAL E ALMEIDA.

Acompanhamos de perto, por isso, JOÃO AMARAL E ALMEIDA, concluindo, por palavras emprestadas, que “[é] certo que desempatar é ainda escolher. Mas importa compreender que desempatar propostas já não é escolher a melhor; é apenas resolver o dramático impasse de uma escolha entre alternativas que, do ponto de vista do interesse público a prosseguir com celebração do contrato, o prosseguem na mesma e exata medida, porque proporcionam exatamente as mesmas vantagens”¹⁰.

Apenas a compreensão do critério de desempate como critério de adjudicação ou de escolha (subsidiário) de uma de entre as melhores propostas adjudicáveis – e não como a melhor – é compatível com a natureza compensatória do modelo de avaliação de propostas, quando o critério for multifatorial, ou com a equivalência plena do único atributo das propostas, quando o critério for monofatorial.

2. Os critérios de desempate de propostas na revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos: uma alteração parcialmente positiva e parcialmente errática

No que se refere aos critérios de desempate, a revisão de 2021 do CCP trouxe algumas benfeitorias

Como resulta evidente do exposto, a acomodação (e subsequente transformação) das unidades de performance das diversas propostas (o mesmo é dizer, dos respectivos atributos) numa escala convencional que permita a posterior agregação de resultados, com vista à adjudicação, encontra-se facilitada no primeiro caso (cfr. atributos apenas quantitativamente mensuráveis), em que aquela informação de base é apenas numérica / quantitativa, na medida em que, nesse caso, a mesma (informação) é revelada pela matemática, ou seja, por uma “expressão matemática”». Sobre a temática ex professo do modelo de avaliação de propostas, ver ainda a elucidativa análise de JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *O Modelo de Avaliação de Propostas no Código dos Contratos Públicos (Nota Sumária)*, in “Temas de Contratação Pública I”, Coimbra Editora, Lisboa, pp. 371-377.

⁶ Cfr. nota de pé de página n.º 1 *supra*.

⁷ Qualquer que ele seja, o critério de desempate não tem, por isso, lógica e cronologicamente, qualquer intervenção na avaliação das propostas: apenas intervém após estar concluída a avaliação das propostas, e no caso de dessa operação resultar uma situação de empate. Tem, por isso, aplicação subsidiária.

⁸ JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *O Modelo de Avaliação...*, *ob. cit.*, p. 372.

⁹ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *A adjudicação em caso de empate entre propostas*, in “Revista de Contratos Públicos”, 7, janeiro-abril 2013, p. 12.

¹⁰ JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *A adjudicação...*, *ob. cit.*, p. 18. A idêntica conclusão chega o Autor noutra texto da sua autoria (*O “novo” critério de adjudicação na revisão do Código dos Contratos Públicos: a proposta economicamente mais vantajosa (Parte I – o artigo 74.º)*, in “Revista de Direito Administrativo”, Ano I, 2, 2018, p. 16), onde lucidamente afirma que “o critério de desempate qualquer que ele seja, intrínseco ou extrínseco ao conteúdo das propostas apresentadas, nunca serve para identificar a proposta economicamente mais vantajosa. O critério de desempate é apenas a solução prática para resolver um problema prático: sendo duas ou mais propostas economicamente mais vantajosas, qual se adjudica?”.

e alguns equívocos, com larga prevalência para estes últimos, porém.

Partindo da ideia central (e corretíssima¹¹) de manutenção do dever de previsão de pelo menos um critério de desempate no programa do procedimento ou no convite¹², conforme o caso, de forma a evitar o surgimento de verdadeiras antinomias jurídicas geradas pela falta de previsão de tal critério quando verificadas situações de empate¹³ na pontuação das

¹¹ O que constituiu uma omissão legislativa no CCP só suprida com a revisão de 2017 (cfr. n.º 4 do artigo 74.º). Sublinhe-se, contudo, que o problema nunca esteve no facto de o legislador na versão inicial do CCP (e nas suas alterações posteriores, até à revisão 2017, operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto) não ter previsto um critério de desempate: o problema sempre esteve no facto de as entidades adjudicantes raramente preverem um critério de desempate objetivo e imparcial no programa do procedimento ou no convite (no mesmo sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, AAFDL, 2020, p. 326), sempre tendo tido possibilidade de o fazer, ao abrigo da norma de conformação procedimental prevista no n.º 4 do artigo 132.º do CCP (normativo que está sistematicamente localizado na regulamentação do procedimento de concurso público mas que, por remissão, se aplica a todos os procedimentos). Outra dúvida que pode ser suscitada é, ainda hoje, a seguinte: como desempatar as propostas quando a entidade adjudicante se esquecer de dar cumprimento ao dever legal de enunciação no programa do procedimento ou do convite do critério de desempate (cfr. n.º 4 do artigo 74.º), ou, tendo-o feito, o empate subsistir por aplicação do(s) critério(s) previsto(s) no programa do procedimento ou no convite? Não cabendo no objeto do presente texto a análise *ex professo* dessa complexa questão, diríamos que a lacuna no regulamento do procedimento deveria ser suprida pelo caso paralelo mais próximo (cfr. artigo 10.º do Código Civil): aplicar-se-iam, por isso, os critérios de desempate (incluindo pela ordem de preferência que o legislador ora prevê, quando for o caso) como previstos nas alíneas b) e c) do n.º 5 do artigo 74.º do CCP.

¹² Prevista no n.º 4 do artigo 74.º do CCP: «O convite ou o programa do procedimento deve definir o critério de desempate na avaliação das propostas.».

¹³ É que, como salientado, numa situação de empate entre propostas não deixa de estar presente o dever de adjudicação (cfr. artigo 76.º do CCP), quer porque tal situação não consta do elenco legal (para nós exaustivo; cfr. o nosso *Sentenças substitutivas...*, *ob. cit.*, pp. 414-418) de causas de não adjudicação (cfr. artigo 79.º do CCP), quer porque, em rigor, dificilmente seria compreensível que a entidade adjudicante, numa situação deste tipo, não pudesse concretizar o procedimento, tendo de promover um novo, quando tem em seu poder pelo menos duas propostas adjudicáveis, como bem salienta a doutrina (cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *A adjudicação...*, *ob. cit.*, pp. 5-19, e LICÍNIO LOPES MARTINS, *O dever de adjudicar e o empate entre propostas no Código dos Contratos Públicos*, in “Cadernos de Justiça Administrativa”, 103, 2014, pp. 3-9, *maxime* pp. 5-6).

melhores propostas¹⁴ adjudicáveis, o legislador de 2021 optou, desde logo, por *estipular que o critério de desempate (também) deve estar ligado ao objeto do contrato*¹⁵, o que apenas aparentemente se apresenta como pacífico, suscitando, ao invés, múltiplas interrogações e incongruências, algumas das quais estruturantes.

Por um lado, tal previsão é *contraditória com a (limitada) admissão do sorteio como critério de desempate*: sendo o n.º 1 do artigo 75.º uma norma de aplicação generalizada, no sentido em que é aplicável a *todos* os critérios de desempate, como parece ser o caso, não oferece dúvidas algumas a circunstância de *o sorteio, por natureza, não constituir um critério de desempate que apresente alguma conexão, direta ou indireta, com o objeto do contrato*, antes pelo contrário.

Por outro lado, e pelo mesmo motivo, a positivação da necessária ligação do critério de desempate ao objeto do contrato torna igualmente *redundante a manutenção da referência legal ao critério do momento da entrega das propostas*¹⁶: é que, por natureza,

¹⁴ Em rigor, numa situação em que o empate não ocorra entre as melhores propostas (exemplo: proposta A, 1.ª classificada – e, por isso, adjudicada –, com 90 pontos; proposta B, 2.ª classificada, com 80 pontos; propostas C e D, ambas com 70 pontos), poderia colocar-se a dúvida se, nesse cenário, seria de aplicar o critério de desempate entre as propostas cuja pontuação não conduziria (pelo menos *ab initio*) à adjudicação (no exemplo, entre as propostas C e D). Sendo certo que o campo privilegiado de incidência do critério de desempate se encontra na seleção de uma proposta de entre as (igualmente) melhores classificadas, é igualmente verdade que, em caso de caducidade da adjudicação “inicial” as demais propostas podem vir a ser adjudicadas (sobre o “dever de adjudicação subsidiária”, cfr. nota de pé de página 2 *supra*), carecendo, por isso, de serem graduadas. Deste modo, tenderíamos a considerar que o critério de desempate deverá ser aplicável à situação de empate entre quaisquer propostas adjudicáveis, independentemente da pontuação (menor ou maior) das mesmas, de modo a poder, desde logo, graduar todas, prevenindo os casos de caducidade(s) da adjudicação.

¹⁵ Cfr. nova redação do n.º 1 do artigo 75.º do CCP: «Os fatores e eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação e o critério de desempate devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar.» No mesmo sentido depõe a redação da alínea b) do n.º 5 do artigo 74.º, quer na parte inicial da norma, com a indicação como critério preferencial para o desempate os fatores e subfactores, por ordem decrescente de ponderação relativa, quer no seu segmento final, com a menção a outros critérios «que, nos termos do artigo seguinte, estejam ligados ao objeto do contrato a celebrar».

¹⁶ Cfr. alínea a) do n.º 5 artigo 74.º do CCP: «[é] vedada a utilização do critério do momento de entrega das propostas», na nova redação. Tal proibição já se encontrava

também este critério é totalmente extrínseco ao objeto do contrato, não podendo (a partir do momento em que se estabelece a referida necessária ligação do critério de desempate ao objeto do contrato), por isso, ser previsto. A manutenção desta proibição em letra de lei justificar-se-á, quando muito, por um propósito clarificador, o que não afasta a assinalada redundância.

Não obstante, é de assinalar a coerência¹⁷ da eliminação do (infeliz e de conformidade legal duvidosa, a vários níveis¹⁸) critério de desempate

prevista desde a revisão de 2017, no n.º 5 artigo 74.º do CCP. Sobre este critério, acompanhamos o entendimento de JOÃO AMARAL E ALMEIDA (*A adjudicação...*, *ob. cit.*, p. 18) à crítica que o Autor fez à jurisprudência do Tribunal de Contas iniciada pelo Acórdão n.º 1/2013, de 8 de janeiro, da I.ª Secção do Tribunal de Contas (Processo n.º 1481/2012) e mantida em arestos subsequentes deste Tribunal.

¹⁷ Como bem assinalado por JOSÉ DUARTE COIMBRA, *Dez boas razões para rever o CCP*, in obra coletiva *“Concorrência e Sustentabilidade: dois desafios para a contratação pública. Actas das II Jornadas de Direito dos Contratos Públicos”*, Lisboa, 2021, AAFDL, 2021, p. 524.

¹⁸ A crítica que alguma doutrina dirigiu a este critério passa desde logo pelo facto de o mesmo atender às qualidades do proponente e não à *performance* da proposta, com assinalam PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, *ob. cit.*, pp. 328-329, MARCO CALDEIRA, *Considerações em torno da relevância do elemento pessoal na contratação pública*, in *“Revista de Contratos Públicos”*, Vol. 1, 18, 2018, 145-146, e MARCO CALDEIRA e CARLA AMADO GOMES, *Contratação Pública “Verde”: uma Evolução Ecológica*, in *“Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos”*, 3.ª ed., AAFDL, 2019, pp. 879-880, onde os referidos Autores questionam a conformidade legal de tal critério com a proibição, derivada do direito comunitário, de levar em consideração na escolha da proposta a adjudicar quaisquer situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes. Sobre a separação entre qualificação, avaliação de propostas e habilitação, cfr. o nosso (em coautoria com MIGUEL ASSIS RAIMUNDO) *Documentos de habilitação e documentos de qualificação nos procedimentos de formação de contratos públicos*, in *“Revista do Ministério Público”*, 121, janeiro-março 2010, pp. 7-31, aí se afirmando que «os esquemas concorrenciais de formação de contratos públicos assumem aquela que é a sua verdadeira vocação, de certa forma idealizante, de conseguir *tratar os proponentes sem fazer acepção de qualidades pessoais*; ao procurar separar os aspectos de apreciação do proponente dos aspectos da qualidade da sua proposta, vinca-se uma ideia, um *desiderato*, que faz parte, desde sempre, do discurso legitimador dos esquemas abertos e concorrenciais de contratação: a ideia de que um pequeno empresário tem hipóteses reais de vencer em concurso uma empresa de grande poderio económico, porque o esquema concursal igualiza-os; transforma-os, ainda que temporariamente, em competidores em igualdade de circunstâncias, ao tratar apenas de comparar a qualidade das suas propostas,

então sugerido na parte final do n.º 6 do artigo 74.º do CCP na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, de atender ao carácter “social” ou à dimensão “pequena ou média” das empresas, na medida em que aí inexistia igualmente qualquer ligação ao objeto do contrato.

Para além dos mencionados aspetos, de menor relevo, outros existem, ainda relacionados com a sobredita obrigação legal de o critério de desempate estar ligado ao objeto do contrato, que assumem uma dimensão mais estrutural no direito adjudicatório atual. Referimo-nos, em especial:

- i) À fixação do critério do desempate das propostas em função dos atributos das mesmas, a que se refere a primeira parte da alínea b) do n.º 5 do artigo 74.º na revisão do CCP de 2021 («[q]uando seja adotada a modalidade multifator devem ser preferencialmente utilizados os respetivos fatores e subfatores densificadores, por ordem decrescente de ponderação relativa...»), já positivado em 2017, o que, quanto a nós, não atende à natureza compensatória do modelo de avaliação de propostas legalmente previsto no artigo 139.º do CCP – para o que são relevantes as considerações iniciais expendidas no presente texto sobre a natureza do critério de desempate. Suscita igualmente dúvidas a qualificação deste critério como “preferencial” quando seja adotada a modalidade multifator do critério de adjudicação; e
- ii) À insegurança jurídica derivada da previsão contida na segunda parte da alínea b) do n.º 5

abstraindo das suas realizações passadas e dos seus meios presentes».

Noutra dimensão, pode ser questionado (e cremos que com propriedade) se a previsão deste critério de desempate com o conteúdo percetivo do princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 13.º da Lei Fundamental, na sua dimensão da “proibição de discriminação”, da qual decorre que não são “legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjetivas ou em razão dessas categorias” (cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, p. 339), o que é precisamente o que sucede com tal critério. Esta análise, contudo, extravasa o objeto do presente texto.

Finalmente, é interessante notar que este critério de desempate também chegou a ser positivado, com cambiantes diversas, em legislação estrangeira, desde logo na versão inicial do *Code des marchés publics*, onde se estabelecia que «1º lors de la passation d’un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d’offres, à l’offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d’artisans ou par une société coopérative d’artistes ou par des entreprises adaptées» (artigo 53.º, IV).

do artigo 74.º («...sem prejuízo de outros que, nos termos do artigo seguinte, estejam ligados ao objeto do contrato a celebrar»), que assim estabelece o “segundo critério preferencial” quando seja adotada a modalidade multifator do critério de adjudicação, e cuja aplicabilidade gera mais dúvidas que certezas, para além de introduzir, do ponto de vista conceptual, um corte com a ideia estruturante do CCP da *completa irrelevância adjudicatória dos aspetos não submetidos à concorrência*, como adiante se explicitará. Cada um destes aspetos não prescinde de uma análise mais detalhada.

Relativamente ao primeiro aspeto [i] *supra*], diríamos que a indicação de que o desempate se faça («preferencialmente») pelas pontuações parciais obtidas nos diversos fatores e subfatores por ordem decrescente de ponderação relativa – para mais passando, aparentemente, a constituir uma obrigação¹⁹, quando

¹⁹ Conclusão que, cremos, ser induzida pelo sentido deôntico impositivo do verbo (dever) e do advérbio (preferencialmente) empregues na previsão normativa contida na primeira parte da alínea b) do n.º 5 do artigo 74.º na revisão do CCP de 2021 («[q]uando seja adotada a modalidade multifator *devem ser preferencialmente* utilizados os respetivos fatores e subfatores densificadores, por ordem decrescente de ponderação relativa...»), conjugados como locução que inicia a segunda parte da norma («...sem prejuízo de outros que...»). É verdade que a redação da norma não prima pela clareza – sobretudo gerada pelo advérbio “preferencialmente” –; contudo, não cremos, como sustenta JOSÉ DUARTE COIMBRA (*Dez boas razões...*, *ob. cit.*, p. 524), que a norma contenha apenas uma “*indicação [...] meramente sugestiva*” quanto ao uso do critério de desempate relativo pontuações parciais obtidas nos diversos fatores e subfatores por ordem decrescente de ponderação relativa, e que, por isso, “*não inibe as entidades adjudicantes de, em alternativa, definirem como fator de desempate o desempenho das propostas noutro(s) aspeto(s) da execução do contrato não (primariamente) submetido(s) à concorrência*” – desde logo porque estes últimos (que não são todos os aspetos não submetidos à concorrência, mas apenas os que são definidos através de limites mínimos e ou máximo, *cfr. infra*) são meramente eventuais. Com efeito, entendemos, pelos motivos assinalados, cremos que *não existe uma completa e livre alternatividade* legalmente prevista entre o critério de desempate relativo aos atributos das propostas [a que se refere a primeira parte da alínea b) do n.º 5 do artigo 74.º na revisão do CCP de 2021], por um lado, e o critério de desempate relativo aos termos ou condições da proposta referentes aos aspetos não submetidos à concorrência [a que se refere a segunda parte da alínea b) do n.º 5 do artigo 74.º na revisão do CCP de 2021], por outro lado, como parece entender JOSÉ DUARTE COIMBRA. É que, pela nossa parte, entendemos que a alternatividade plena pressupõe a *equivalência das alternativas*, o que não sucede no caso vertente, atenta a preferência legal pelo critério de desempate relativo aos atributos das propostas.

até aqui correspondia a uma mera sugestão²⁰ –, em função, portanto, dos atributos das propostas, constitui, do ponto de vista conceptual, um sério entorse à *natureza compensatória do modelo de avaliação de propostas* legalmente previsto no artigo 139.º do CCP.

Com efeito, uma vez que a «pontuação global de cada proposta [...] corresponde ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada factor ou subfactor elementar, multiplicadas pelos valores dos respectivos coeficientes de ponderação»²¹, tal significa que o modelo de avaliação de propostas é “*compensatório: uma pior pontuação parcial num dos fatores densificadores do critério pode ser sempre compensada por uma melhor pontuação noutro dos factores*”²². Noutra formulação, “*a melhor proposta é aquela que, por força de um modelo compensatório entre as maiores ou menores vantagens e desvantagens de cada um dos vários atributos da proposta, se revela ser a globalmente mais atrativa*”, como afirmado por JOÃO AMARAL E ALMEIDA²³, sendo essa decisão determinada, portanto, por “*uma comparação final entre números*” (correspondentes à soma das várias pontuações parciais)²⁴.

Sendo assim, o que dizer, então, à luz do interesse público que justificou a promoção do procedimento de formação de um contrato público, da existência de pelo menos duas propostas em situação de empate (*i.e.*, com *igual* pontuação global), cujas pontuações parciais (nos diversos fatores e subfatores elementares) seja *desigual*²⁵?

²⁰ *Cfr.* redação do n.º 6 do artigo 74.º na revisão do CCP de 2017 («[p]odem ser utilizados como critério de desempate, designadamente, os fatores e subfatores estabelecidos nos termos do artigo seguinte, por ordem decrescente de ponderação relativa, ...»). Nesse sentido, JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *O “novo” critério...*, *ob. cit.*, p. 16.

²¹ *Cfr.* n.º 2 do artigo 139.º do CCP.

²² JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *O Modelo de Avaliação...*, *ob. cit.*, p. 372.

²³ *Cfr.* JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *A adjudicação...*, *ob. cit.*, p. 6.

²⁴ Porque a pontuação global de cada proposta é «expressa numericamente» (*cfr.* n.º 2 do artigo 139.º do CCP) – em pontos, portanto. Sobre o tema, sublinhando que a pontuação de cada proposta não pode ser feita “*através de enunciados semânticos tais como “Excelente”, “Bom”, “Suficiente”, etc.*”, mas através de números (pontos), pela simples razão de que “*um dos suportes do modelo é a matemática*” JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ; *O Modelo de Avaliação...*, *ob. cit.*, pp. 371-372.

²⁵ Exemplo: as propostas A e B têm a mesma pontuação global, 90 pontos, sendo essa pontuação o resultado da soma ponderada de todas as pontuações parciais obtidas nos diversos fatores elementares: i) a proposta A tem uma pontuação parcial de 10, 30 e 50 pontos, respetivamente, nos fatores 1, 2 e 3; ii) a proposta B tem uma pontuação

Isso significará apenas uma coisa: tais propostas são *absolutamente equivalentes do ponto de vista do interesse público*. É dizer, a satisfação do interesse público, mas também dos demais valores atendíveis em presença, dá-se de forma *indistinta* com qualquer uma das referidas propostas empatadas, na medida em que a avaliação das mesmas *igualizou-as*. Acompanhamos aqui de perto, por isso, JOÃO AMARAL E ALMEIDA, quando este Autor afirma que *“a opção por uma ou outra das propostas empatadas revela-se, em rigor, totalmente indiferente para o interesse público aquisitivo cuja promoção se encontra a cargo da entidade adjudicante. Essa é, aliás, a única ilação que pode ser extraída com segurança de uma efetiva situação de empate, pois todos os elementos que ativamente concorrem para a prossecução desse interesse público já foram tidos em conta na modelação do critério de adjudicação, sejam eles pois apenas o preço proposto ou vários outros aspetos da execução contratual configurados nos atributos das propostas”*²⁶.

Assim é, de facto, pela simples razão de que o critério de adjudicação e, quando existente, o modelo que o operacionaliza, nunca são neutros, antes pelo contrário: pressupõem uma prévia definição rigorosa das necessidades públicas que o procedimento visa suprir e os constrangimentos (desde logo orçamentais) existentes para atingir tal desiderato, traduzindo, assim, uma avaliação custo-benefício resultante da triangulação entre os objetivos pretendidos, os recursos existentes e as potencialidades do mercado.

Noutra formulação: a importância relativa de cada fator ou subfactor elementar é a decorrente dessa análise (de custo-benefício) realizada a montante, não devendo ser perturbada pela introdução a jusante

parcial de 20, 30 e 40 pontos, respetivamente, nos mesmos fatores 1, 2 e 3.

O mesmo se passaria, de resto, se apenas estivéssemos perante um empate entre duas propostas com o mesmo preço (não decomposto), na situação em que o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa assume a modalidade monofator, sendo preço o único aspeto da execução do contrato submetido à concorrência.

²⁶ Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *A adjudicação...*, *ob. cit.*, p. 8. Em idêntico sentido, o Autor afirma (p. 12) que *“se várias propostas obtêm a mesma pontuação global é porque são absolutamente iguais do ponto de vista da vantajosidade ou da atratividade que oferecem à entidade adjudicante e, conseqüentemente, ao interesse público que esta visa prosseguir com a adjudicação. Por outras palavras: celebrar o contrato com qualquer dessas propostas é rigorosamente igual, pois todas elas oferecem globalmente (economicamente, na expressão da lei) as mesmas vantagens”*. Como já dissemos acima, subscrevemos na íntegra este entendimento, que nos parece o único compatível com a natureza compensatória do modelo de avaliação e com a prévia avaliação custo-benefício que lhe subjaz.

(em caso de empate) de um fator disruptivo daquele balanceamento inicial.

É por isso que fazer o desempate em função da pontuação parcial das propostas no fator com maior importância relativa (de acordo com a lógica de que *“[s]erá mais importante o critério que vem indicado em primeiro lugar e com a pontuação maior”*²⁷, o que intrinsecamente está relacionado com o conteúdo das propostas, com os seus atributos) significa conferir, a final, uma *importância maior* a esse fator que a inicialmente enunciada no modelo de avaliação das propostas, introduzindo, assim, um corte com a natureza compensatória do modelo.

Em certa perspetiva, poderemos dizer que tal solução leva a considerar que haverá aqui uma espécie de “análise custo-benefício base” e uma “análise custo-benefício alternativa”: a primeira corresponderá à vertida no modelo de avaliação e será aplicável quando não haja uma situação de empate; a segunda estará “na sombra”, pronta a “entrar em cena” perante uma situação de impasse decisório gerado pelo empate, diferenciando a *posteriori* as propostas empatadas.

A preferência legal pelo critério do desempate das propostas em função dos atributos das mesmas, a que se refere a primeira parte da alínea b) do n.º 5 do artigo 74.º na revisão do CCP de 2021, encontra-se ancorada num equívoco (lógico) sobre a *natureza do critério de desempate*²⁸, ainda perspetivado como um critério de escolha *da melhor proposta...* de entre propostas com a mesma pontuação global, e, por isso, iguais! Se as propostas as propostas empatadas com a mesma pontuação final são absolutamente equivalentes entre si, não é possível logicamente estabelecer uma preferência de uma sobre as demais: nenhuma é melhor que a outra, são iguais... Como bem refere JOÃO AMARAL E ALMEIDA, desempatar *“já não é escolher a melhor; é apenas resolver o dramático impasse de uma escolha entre alternativas que, do ponto de vista do interesse público a prosseguir com celebração do contrato, o prosseguem na mesma e exata medida, porque proporcionam exatamente as mesmas vantagens”*²⁹.

Não nos parece, portanto, uma solução coerente no espírito do sistema, apesar de *prima facie* poder entender-se o contrário³⁰.

²⁷ Cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21 de novembro de 2013, prolatado no Processo n.º 288/10-11, analisado por LICÍNIO LOPES MARTINS, *O dever de adjudicar...*, *ob. cit.*, pp. 8-9.

²⁸ A que nos referimos *ex professo* no ponto 1. do presente texto.

²⁹ JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *A adjudicação...*, *ob. cit.*, p. 18. Cfr. ainda, do mesmo Autor, *O “novo” critério...*, *ob. cit.*, p. 16.

³⁰ Sustentando a bondade do critério de desempate atender aos atributos das propostas, de modo a *“incentivar [...] cada*

Neste contexto, e numa perspetiva *de jure condendo*, entendemos que o critério de desempate a prever no programa do procedimento ou no convite, conforme o caso, não deveria atender ao conteúdo das propostas (quer aos seus atributos, por tudo quanto vimos dizendo, quer aos seus termos ou condições, a que nos iremos seguidamente referir), atendendo à assinalada equivalência das mesmas, devendo antes ser *extrínseco às propostas* – seja o sorteio, seja outro “qualquer critério objetivo, transparente e imparcial”³¹ – e, bem assim, *extrínseco às qualidades dos proponentes*.

Por sua vez, e centrando agora a nossa atenção no segundo critério de desempate preferencial enunciado em *ii) supra*, cremos ser igualmente criticável a *insegurança jurídica* causada pela previsão contida na segunda parte da alínea b) do n.º 5 do artigo 74.º («...sem prejuízo de *outros* que, nos termos do artigo seguinte, estejam ligados ao objeto do contrato a celebrar»).

A imediata dúvida que este segmento normativo coloca é a seguinte: *que «outros» critérios poderão estar em causa?*

A resposta a esta pergunta é determinada por *exclusão de partes*, pressupondo, portanto, e primeiro que tudo, o recorte negativo das situações não aplicáveis, a saber:

- a) É seguro que *não* estão aqui em causa os atributos da proposta (pelo menos na forma “preferencial” como o legislador o prevê), na medida em que o legislador se refere expressamente aos aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência na primeira parte da norma («...devem ser preferencialmente utilizados os respetivos fatores e subfatores densificadores, por ordem decrescente de ponderação relativa...»³²);
- b) *Restam os aspetos não submetidos à concorrência*: não há um *tertium genus*. Mas é evidente que, quanto a estes (aos aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência), *há necessariamente que distinguir,*

concorrente a incrementar o grau de satisfação dos aspetos contratuais que tenham sido seleccionados para critérios de desempate”, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, *ob. cit.*, pp. 326-329.

³¹ JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *A adjudicação...*, *ob. cit.*, p. 17.

³² Como é sabido, «os fatores e os eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar, *abrangendo todos*, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar *submetidos à concorrência* pelo caderno de encargos» (redação do n.º 1 do artigo 75.º do CCP, dada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto).

consoante a modulação³³ que tais aspetos assumam nos documentos conformadores do procedimento:

- b. 1) É igualmente seguro que não pode ser previsto como critério de desempate qualquer aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência que seja definido em termos *fixos*, na medida em que, como sintetizado pelo Tribunal de Contas, “*o que não é submetido à concorrência tem de ser cumprido tal como definido no caderno de encargos*”³⁴, sob pena de exclusão das propostas³⁵, que, assim, nunca chegariam a estar numa situação de empate;
- b.2) Resta, assim, a outra tipologia dos aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência: a segunda parte da alínea b) do n.º 5 do artigo 74.º («...sem prejuízo de *outros* que, nos termos do artigo seguinte, estejam ligados ao objeto do contrato a celebrar») só se poderá referir aos (eventuais) aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência definidos *através de limites mínimos e ou máximos*, nos termos previstos na parte final do n.º 5 do artigo 42.º do CCP³⁶. É também a esta tipologia de aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência que se reporta a alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º³⁷ do mesmo Código.

³³ Sobre as duas modalidades dos aspetos não submetidos à concorrência, entre outros, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, AAFDL, 2020, pp. 661-668; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2016, pp. 358-361; e LUÍS VERDE DE SOUSA, *Uma análise das causas de exclusão respeitantes a termos ou condições da proposta*, in “Revista de Direito Administrativo”, 7, janeiro-abril 2020, pp. 9-12.

³⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 18/2014 – 21.OUT-1ªS/PL.

³⁵ A este propósito, cumpre recordar que a única ressalva *ex lege* à exclusão de propostas por contrariedade com o caderno de encargos é a que consta do segmento final da alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º CCP: «sem prejuízo do disposto nos n.ºs 4 a 6 e 8 a 11 do artigo 49.º» (obs.: este trecho da norma carece de interpretação corretiva, devendo a sua remissão para o artigo 49.º se ter como feita para os seus n.ºs 10 a 12, em detrimento dos «n.ºs 4 a 6 e 8 a 11»).

³⁶ Cfr. n.º 5 do artigo 42.º do CCP: «O caderno de encargos pode também descrever aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência, nomeadamente *mediante a fixação de limites mínimos ou máximos a que as propostas estão vinculadas*.».

³⁷ A alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP dispõe que a proposta deve ser constituída pelos «[d]ocumentos exigidos

pelo programa do procedimento ou convite que contenham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato *não* submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule».

Esta constitui, sem qualquer dúvida, uma das normas do CCP que se tem prestado a maiores equívocos interpretativos. Como é evidente, esta norma não visa obrigar os concorrentes a apresentar um documento que reproduza *ipsis verbis* os aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência já plenamente descritos no caderno de encargos, porquanto para tanto já prevê a alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º a obrigatoriedade de apresentação da declaração pela qual o concorrente se vincula a todos esses «termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos»..., mas sim a apresentação de um documento, expressamente exigido no programa do procedimento ou no convite, no qual o concorrente afirme vincular-se a algum termo ou condição, devida e especificamente identificado, relativo a um aspeto de execução do contrato que o caderno de encargos não submeteu à concorrência, ou seja, que não será objeto de avaliação, mas que está aí previsto de forma “aberta” e que, por isso, permita concretização – ainda que *sem qualquer relevo adjudicatório*, porém, pois em tais casos se considera ser irrelevante ter uma melhor ou pior proposta quanto a esses concretos aspetos não submetidos à concorrência, desde que seja cumprido o(s) limite(s) mínimo(s) ou máximo(s) fixado(s) (nesse sentido, por todos, Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 22 de maio de 2015, prolatado no Processo n.º 01199/14.4BEAVR, onde se deixou dito que “os aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência descritos no caderno de encargos serão irrelevantes no plano adjudicatório, mas não no plano do interesse público presente no objecto do contrato.”).

É dizer, a alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP apenas é legalmente aplicável nos casos em que os aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência se encontram definidos no caderno de encargos através de limites mínimos e ou máximos (cfr. o n.º 5 do artigo 42.º do CCP), e não através de termos fixos [pois, quanto a estes últimos, existiria uma total sobreposição de âmbitos entre as alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP..., ou seja, seria pedido uma vinculação, na alínea c), a aspetos ao qual os concorrentes já se vincularam pelo documento referido na alínea a)...!], pretendendo a entidade adjudicante que os concorrentes se vinculem expressamente dentro dessa baía (fixada por limites mínimos e ou máximos) estabelecida do caderno de encargos, quanto a um aspeto não submetido à concorrência, e, por isso, sem reflexos para efeitos de avaliação das propostas. Daí que as propostas não tenham, em regra, que conter qualquer descrição dos aspetos não submetidos à concorrência, salvo precisamente nos casos excepcionais da alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP, e sob pena de exclusão, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º do mesmo Código.

Sobre o tema, cfr. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Uma análise das causas de exclusão...*, *ob. cit.*, pp. 21-28, cujas conclusões acompanhamos.

Sendo assim – ou seja, se os «outros» critérios com ligação ao objeto do contrato a que se reporta a segunda parte da alínea b) do n.º 5 do artigo 74.º do CCP apenas podem dizer respeito aos (eventuais) aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência definidos através de limites mínimos e ou máximos –, tal circunstância é igualmente geradora de alguma perplexidade.

A um tempo, porque os termos ou condições das propostas (elementos que dizem respeito aos aspetos da execução contratual não submetidos à concorrência) são, contrariamente aos atributos, completamente *eventuais*, ou seja, estão dependentes da i) previsão no caderno de encargos de algum(ns) aspeto(s) não submetido(s) à concorrência através de limites (mínimos e ou máximos) e ii) da exigência no programa do procedimento ou no convite da sua concretização e vinculação expressa ao(s) mesmo(s) pelos concorrentes [nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP].

A outro tempo, porque tal opção de conferir relevância adjudicatória a algo que nunca a teve na economia do Código³⁸, e que primariamente continua a não ter, representa conceptualmente um corte com a lógica dicotómica (aspetos submetidos à concorrência *versus* aspetos não submetidos à concorrência, estando a relevância adjudicatória reservada para os primeiros) em que o CCP se encontra estruturado.

Por último, é de assinalar uma novidade (positiva, mas pouco ambiciosa) trazida neste âmbito pela revisão do CCP de 2021, a qual se prende com a expressa admissibilidade legal do sorteio como critério de desempate, ainda que subsidiário quando seja adotada a modalidade multifator, e a título principal³⁹, quando seja adotada a modalidade monofator. Refere a alínea c) do n.º 5 do artigo 74.º do CCP que, «[q]uando seja adotada a modalidade monofator, ou quando seja adotada a modalidade multifator e o critério previsto na alínea anterior não permita desempatar as propostas, pode recorrer-se ao sorteio».

³⁸ Cfr. explicitado, com maior desenvolvimento, na nota de pé de página precedente.

³⁹ Cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA, *Dez boas razões...*, *ob. cit.*, p. 525, nota de pé de página n.º 64, onde, num primeiro momento, parece chegar a esta conclusão, mas advertindo logo a seguir que “*importa não desconsiderar que, nos termos do revisto artigo 75.º/1, a regra – válida para qualquer que seja a modalidade do critério de adjudicação – é a de que o critério de desempate deve fundar-se num fator ligado ao objeto do contrato*”. Pela nossa parte, cremos que do confronto das alíneas b) e c) do n.º 5 do artigo 75.º do CCP decorre uma efetiva admissibilidade legal de previsão do sorteio como possível único critério de desempate quando seja adotada a modalidade monofator (se se quiser, como exceção à regra do n.º 1 do artigo 75.º do CCP).

Assim, quando o critério de adjudicação seja multifatorial, o sorteio *só subsidiariamente* pode funcionar como critério de desempate, ou seja, apenas quando falharem todos os outros critérios conexos com o objeto do contrato [relativos aos atributos ou aos termos ou condições das propostas, como decorre da alínea b) do n.º 5 do mesmo artigo, cfr. *supra*].

Diversamente, quando o critério de adjudicação seja monofatorial, poderá o sorteio ser previsto como o único critério de desempate, caso em que é, assim, afastada a aplicabilidade da regra do n.º 1 do artigo 75.º do CCP, na medida em que, como anteriormente referido, o sorteio não tem, por natureza, qualquer conexão com o objeto do contrato.

A principal dúvida que a este propósito se coloca é a de saber se, neste caso (critério monofatorial), pode ser previsto *outro* critério que não o sorteio – na medida em que a lei apenas confere a possibilidade de o sorteio ser previsto («...*pode* recorre-se ao sorteio»), não o impondo. Em tese, poderia ser equacionado o recurso a algum termo ou condição da proposta (relativo, portanto, a um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência definido através de limites, mínimo ou máximo), o que, na lógica interna do CCP revisto, teria a vantagem de permitir dar pleno cumprimento à regra do n.º 1 do seu artigo 75.º⁴⁰. Outrossim, e cremos que com maior utilidade, poderá aqui a entidade adjudicante recorrer a qualquer outro critério de desempate *da mesma natureza que o critério do sorteio; vale o mesmo que dizer que, quando seja adotada a modalidade monofatorial do critério de adjudicação, o impasse decisório gerado pela situação empate entre propostas poderá ser resolvido, a título principal, pelo sorteio ou por qualquer outro critério extrínseco às propostas e aos proponentes e que permita atingir o desiderato de objetividade, transparência e imparcialidade na escolha da proposta a adjudicar.*

3. Conclusão

Como vimos, a revisão de 2021 do CCP em matéria de critérios de desempate é, em nossa opinião, em parte positiva (sobretudo pela expressa admissibilidade do sorteio como critério de desempate, ainda que condicionada, mas também pela supressão do critério relativo ao carácter “social” ou à dimensão “pequena ou média” das empresas) e em parte errática [*maxime*, em razão da expressa obrigação de o critério de

desempate estar ligado ao objeto do contrato, o que, a um passo, bule com a natureza compensatória do modelo de avaliação de propostas – a propósito do critério “preferencial” previsto na primeira parte da alínea b) do n.º 5 do artigo 74.º do CCP –, e, a outro passo, pela desadequação dos termos ou condições da proposta para funcionarem, em qualquer caso, incluindo numa situação de empate, como critérios com relevância adjudicatória – a propósito do critério previsto na segunda parte da alínea b) do n.º 5 do artigo 74.º do CCP; podendo ainda ser referida a clara contraditoriedade da previsão do sorteio como possível critério de desempate, ainda que subsidiário, com a exigência expressa de ligação dos critérios de desempate ao objeto do contrato].

Pelo exposto, consideramos, *de jure condendo*, que teria sido preferível que o legislador se tivesse limitado a prever, singelamente, *i)* a obrigação de indicação no programa ou no convite de um (ou mais) critério(s) de desempate (obrigação essa que já vinha de 2017), e *ii)* que esse(s) critério(s) deveria(m) ser *extrínseco(s) às propostas e às qualidades dos proponentes*, conferindo liberdade às entidades adjudicantes de preverem, a título principal, o sorteio ou qualquer outro “*qualquer critério objetivo, transparente e imparcial*”⁴¹ como critério de desempate.

⁴⁰ Não sendo logicamente possível de equacionar neste domínio, portanto, o recurso ao atributo único da proposta como critério de desempate, na medida em que a situação de empate, neste caso (critério monofatorial), derivará precisamente da plena equivalência desse atributo nas propostas empatadas.

⁴¹ JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *A adjudicação...*, *ob. cit.*, p. 17.