



Mestrado Profissionalizante

Direito e Economia

2015/2017

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

O princípio da concorrência
na contratação pública electrónica

Orientação: Professor Doutor Nuno Cunha Rodrigues

João Gonçalo Ramalho de Oliveira e Cunha
Mestrando n.º 13951

Índice

1.	Introdução.....	5
2.	A Contratação Pública electrónica	10
2.1.	A contratação pública electrónica e a União Europeia	11
2.1.1.	A Declaração Ministerial de Manchester de 2005	13
2.1.2.	O Livro Verde da Comissão Europeia de 18 de Outubro de 2010 - alargamento da utilização da contratação pública electrónica na União Europeia.....	13
2.1.3.	Comunicação da Comissão Europeia, de 20 de Abril de 2012 – Uma estratégia para a contratação pública electrónica.....	14
2.1.4.	Comunicação da Comissão Europeia de 26 de Junho de 2013 – A contratação pública electrónica do princípio ao fim para modernizar a Administração Pública	16
2.1.5.	A estratégia “Europa 2020”	17
2.1.6.	A contratação pública electrónica e as Directivas europeias de 2004 e 2014.....	20
2.1.6.1.	Os prazos de transposição da Directiva de 2014.....	23
2.2.	O estado actual do e-Government e do e-Procurement em Portugal.....	24
2.3.	A utilização da contratação pública electrónica em Portugal	26
2.3.1.	As observações do IMPIC.....	28
2.3.2.	A previsão de utilização de plataformas electrónicas para 2017 e o anteprojecto de revisão do CCP.	29
2.3.2.1.	A obrigatoriedade da utilização de plataformas electrónicas para ajustes directos	29
2.3.2.2.	A alteração do valor para recurso ao ajuste directo	30
2.3.2.3.	A introdução de um limiar intermédio de obrigatoriedade de utilização de plataformas electrónicas	32
2.3.2.4.	A introdução de um limiar intermédio para consulta a mais que uma entidade	32
3.	A política de defesa da concorrência.....	35
3.1.	A política de defesa da concorrência no Acordo sobre Contratos Públicos	39
3.2.	O Tratado CECA e a política de defesa da concorrência	41
3.3.	Os Tratados da Europa e a política de defesa da concorrência	42
4.	A União Europeia e a política de defesa da concorrência.....	43
5.	A Directiva de 2014 e a política de defesa concorrência e o princípio da concorrência	47
6.	O quadro legal português do Direito da Concorrência	49
6.1.	A política de defesa da concorrência e a Constituição da República Portuguesa	49
6.2.	O regime jurídico da concorrência	50
7.	O princípio da concorrência como pilar das liberdades fundamentais da União Europeia	52
8.	Os princípios da Administração Pública e da contratação pública e o princípio da concorrência.....	57
8.1.	Os princípios do Código do Procedimento Administrativo.....	57
8.2.	O princípio da concorrência e o Código dos Contratos Públicos	58
8.2.1.	A alteração à alínea j) do artigo 55.º do CCP.....	63

9.	A necessidade de acautelar e de proteger o princípio da concorrência nos procedimentos aquisitivos de contratação pública electrónica	65
10.	A declaração expressa para negociar	67
11.	O conceito e o estatuto de interessado	68
11.1.	A desconformidade legal do n.º 2 do artigo 62.º, da LPE perante o CCP	75
11.1.1.	Quanto aos esclarecimentos e rectificações às peças do procedimento	75
11.1.3.	O entendimento prático do artigo 62.º, n.º 1 da LPE.....	78
12.	O conceito e o estatuto de concorrente.....	80
13.	O conceito de proposta	82
13.1.	A desconformidade legal do n.º 1, do artigo 68.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto, perante o CCP.....	83
14.	O conceito de preço base	86
15.	O júri do procedimento	91
16.	A entrega de proposta	92
17.	A análise e a avaliação das propostas	96
17.1.	A supressão de irregularidades das propostas pela Directiva de 2014 e pelo anteprojecto de revisão do CCP ..	104
18.	A decisão da (não) participação no procedimento aquisitivo	116
18.1.	A submissão de uma (não) proposta e a manutenção da condição de concorrente	116
19.	Conclusões	119
20.	Bibliografia referida	122
21.	Principais sítios de pesquisa na Internet.....	123



Palavras-Chave: Concorrência; plataformas electrónicas¹ de compras públicas; apresentação de (não) propostas; preço contratual superior ao preço base; lista de concorrentes.

Keywords: Competition; electronic platforms of e-procurement; submission of a (non) proposal; contract price higher than the basis price; competitor's list.

¹ Este trabalho foi escrito de acordo com as regras de escrita anteriores ao Acordo Ortográfico de 1990.

1. Introdução

Nos procedimentos pré-contratuais de contratação pública tramitados em plataformas electrónicas de compras públicas, a submissão de uma proposta em resposta a um convite à apresentação de proposta a mais que uma entidade² (ajuste directo – critério do valor³) ou em resposta à publicação de um anúncio, com ou sem publicação no Jornal Oficial da União Europeia - JOUE⁴ (concurso público⁵ ou concurso limitado por prévia qualificação⁶)⁷, é o culminar de todo um labor prévio de uma entidade que queira ser considerada concorrente num processo pré-contratual de contratação pública⁸.

Essa proposta será, depois, em fase de análise de propostas, objecto de análise e avaliação pelo júri do procedimento, como as dos outros demais concorrentes, sendo esse trabalho balizado pelo princípio da concorrência, entre outros princípios.

Mas pode a não apresentação de uma proposta por uma entidade, nos termos definidos pelo Código dos Contratos Públicos (CCP), com todos os elementos exigidos por uma entidade adjudicante, não violar, mas distorcer ou desvirtuar os contornos do princípio da concorrência? A resposta a esta pergunta é afirmativa, já que mesmo não sendo apresentada uma proposta, uma entidade mantém, mesmo assim, o estatuto de concorrente, distorcendo e corrompendo as regras do princípio da concorrência.

² Artigo 112.º e ss do Código dos Contratos Públicos (CCP).

³ Alíneas a) dos artigos 19.º e 20.º do CCP.

⁴ Artigo 130.º e ss do CCP

⁵ Artigo 162.º e ss do CCP.

⁶ Alíneas b) dos artigos 19.º e 20.º do CCP.

⁷ O procedimento de negociação (artigo 193.º e ss do CCP) e o diálogo concorrencial (artigo 204 e ss do CCP) regem-se, por remissão, por normas aplicáveis ao concurso limitado por prévia qualificação, pelo que estes dois procedimentos não serão alvo de qualquer referência neste trabalho para efeitos da sua análise.

⁸ Para simplificação da explicitação, as referências aos artigos do CCP aos procedimentos de contratação pública terão como perspectiva os procedimentos de formação de contratos de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços em procedimentos de concurso público, já que a tramitação do procedimento do concurso limitado por prévia qualificação e o do ajuste directo a mais de uma entidade são similares ao do concurso público (ressalvando, naturalmente, a suas diferenças), limitando apenas a participação no procedimento às entidades convidadas a apresentar proposta. Estes dois últimos tipos de procedimento poderão, no entanto, ser invocados para qualquer citação mais pormenorizada dos mesmos.

Do mesmo modo, sabendo os potenciais ou possíveis concorrentes que a apresentação de uma proposta a um procedimento aquisitivo cujo preço seja superior ao preço base desse mesmo procedimento aquisitivo ser motivo de exclusão dessa proposta, esse estatuto adquirido de concorrente por ter apresentado proposta manter-se-á também, com prejuízo para o princípio da concorrência.

Através destas, e de outras, práticas distorcivas do princípio da concorrência, os concorrentes recolhem, quase gratuitamente, informação, *know-how* e práticas comerciais dos seus directos concorrentes do mercado onde opera.

Não sendo pretensão deste trabalho efectuar uma comparação entre os procedimentos aquisitivos pré-contratuais *antes* e *depois* da entrada em vigor do CCP e/ou *antes* e *depois* da transposição das novas Directivas da União Europeia, de 26 de Fevereiro de 2014, sobre concessão (Directiva 2014/23/UE), sobre contratos públicos (Directiva 2014/24/UE) e sobre os chamados contratos públicos dos serviços especiais (Directiva 2014/25/UE), poder-se-á, no entanto, para efeitos comparativos e evolutivos da própria legislação referente ao assunto aqui a ser explanado, recorrer à legislação nacional e europeia anterior a estes Diplomas para uma melhor explicitação dos assuntos a propor para debate, bem como invocar legislação já revogada pelos Diplomas que estão em vigor, como será o caso da Lei n.º 199/97, de 8 de Junho (anterior regime da despesa pública e da contratação pública), e a Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho, que regulava os requisitos e condições técnicas e de operação das plataformas electrónicas de compras públicas pelas entidades adjudicantes, bem como as regras de funcionamento das mesmas e respectivas obrigações que as mesmas entidades adjudicantes estão sujeitas.

Assim, as práticas acima referenciadas são constatáveis, por um lado, pelo quadro legal dos procedimentos aquisitivos em vigor, nacional e europeu, nomeadamente o Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro (que aprova o CCP), a Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto (que

regula as plataformas electrónicas de contratação pública) e a Directiva 2014/24/UE⁹ (sobre contratos públicos); e, por outro, pela tramitação dos procedimentos aquisitivos em plataformas electrónicas de contratação pública, plataformas estas licenciadas, monitoradas e fiscalizadas pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção^{10 11} (IMPIC) e credenciadas pelo Gabinete Nacional de Segurança¹² (GNS), com poderes emanados da Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto (LPE).

n.r.: A 18 de Maio de 2017, o Conselho de Ministros aprovou a revisão ao CCP. Lê-se, no comunicado deste órgão disponibilizado no seu sítio da Internet, que a revisão visa *“(...) a simplificação, desburocratização e flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos, com vista ao aumento da eficiência e da qualidade da despesa pública, e introduzem-se melhorias e aperfeiçoamentos com vista à correta interpretação e aplicação das normas legais (...)”*.

Não tendo sido ainda publicado o Diploma que revê o CCP, e sendo desconhecida a sua versão final, este trabalho manteve as suas referências para o anteprojecto de revisão do CCP colocado em consulta pública em Agosto de 2016.

⁹ Sendo as três novas Directivas similares nas questões pertinentes para este Trabalho, para uma melhor explicitação e síntese, dar-se-á atenção apenas à Directiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos, sendo a mesma também referida por “Directiva”.

¹⁰ Artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto.

¹¹ Com a publicação do Decreto-Lei n.º 232/2015, de 13 de Outubro, o IMPIC sucedeu ao InCI – Instituto Nacional da Construção e do Imobiliário, revogando a Lei n.º 158/2012, de 23 de Julho.

¹² Artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto.

Introduction

In public procurement procedures using electronic platforms of public procurement, the proposal submission act answering an invitation to present a proposal on procedures with more than one competitor (direct award – criteria of value) or followed by a notification of a notice, with or without notification in the Official Journal of the European Union (in an open procedure or in a restricted procedure), is the final act of a hard work, for whom who wants to be considered a competitor in a specific pre-contractual of public procurement.

After, in the proposal analysis phase, that proposal will be analyzed and rated, by the jury of the procedure, like the other proposals presented, being these act made in accordance with the competition principle, among others.

However, by not submitting a proposal, in terms that are defined by the Public Procurement Code, can a supplier or a service provider maintain the competitor status in a public procedure? Not being submitted a proposal, it is possible that that status can be maintained.

In the same way, if the competitors know that submitting a proposal with a higher price than the basis price of the public procedure, and even if they also know that that is a reason to exclude its proposal, still the status of the competitor will still be maintained for that competitor, with damage for the competition principle.

Through these two practices distortions actions, the competitor collects, almost for free, information, data, know-how and of its direct competitors in a certain market.

In this study, It is not our intention to make a comparison between pre-contractual procurement procedures *before* and *after* the entry into force of the CCP and / or *before* and *after* the transposition of the new European Union Directives of 26 February 2016 of concessions (Directive 2014/23/EU), public contracts (Directive 2014/24/EU) and so-called special service contracts (Directive 2014/25 /EU). However, it may be possible to analyze



Portuguese and European legislation before the current one, for a better explanation of the subjects to be proposed for discussion.

Therefore, the practices referred to above can be verified, on the one hand, by the legal framework of national and European purchasing procedures in force, namely 18/2008, of 29 January Law (which approves the Public Procurement Code), the 96/2015, of 17 August Law, (which regulates electronic public procurement platforms) and the Directive 2014/24/EU, of 26 February 2014 (on public procurement); and, on the other hand, for the procurement procedures on electronic public procurement platforms, platforms licensed by the Institute of Public Markets, Real Estate and Construction (IMPIC) and accredited by the National Security Office (GNS), with powers emanating from the Law No. 96/2015 of 17 August.

2. A Contratação Pública electrónica

A contratação pública electrónica tem como objectivo a desmaterialização dos processos aquisitivos, com ganhos de eficiência e eficácia, aliados ao aumento da transparência nos processos lançados pelas entidades adjudicantes, simplificando o procedimento de contratação, aumentando a concorrência entre os operadores económicos, com a diminuição das despesas destes na intenção de participação nos procedimentos e à maior celeridade da tramitação do procedimento pré-contratual, quer com a consulta de procedimentos de contratação pública, quer com a elaboração e envio das propostas.

A contratação pública electrónica visa, assim, substituir todo o procedimento aquisitivo em papel com as facilidades que hoje é proporcionado pelo desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicações (TIC)¹³ e pelas suas melhores práticas¹⁴.

A contratação pública electrónica contribui também para a implementação e a sustentabilização de políticas secundárias da União Europeia, com a prossecução das políticas ambientais e de sustentabilidade prosseguidas por esta União de Estados, como, por exemplo, na redução da utilização do papel e na redução das emissões de carbono¹⁵.

¹³ A possibilidade do abandono do papel e a adopção de meios electrónicos para a total tramitação dos procedimentos aquisitivos pré-contratuais era já um ideário manifestado, por exemplo, no Livro verde da Comissão Europeia sobre “Os contratos públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro”, de 27 de Novembro de 1996”, (http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_pt.pdf), onde era referido, no ponto 4.25, que “(...) o futuro da informatização dos contratos públicos passará de forma inelutável por um sistema de celebração dos contratos inteiramente electrónico (...)”, ficando assim os fornecedores, com a contratação pública electrónica, com a possibilidade de “(...) obter todas as informações que desejam carregando num simples botão, independentemente da sua localização geográfica.(...)” (ponto 4.28).

¹⁴ A utilização de meios electrónicos para a tramitação de procedimentos aquisitivos pela Administração Pública será um meio de comunicação por onde decorrem esses procedimentos, devendo ser considerada uma ferramenta de auxílio à tramitação dos procedimentos e não um meio alternativo a esses mesmos procedimentos. Nesse sentido refere o artigo 60.º da LPE.

¹⁵ A União Europeia debruçou-se em vários relatórios sobre a sustentabilidade do meio ambiente através da contratação pública electrónica (green public procurement), nomeadamente no relatório de 9 de Maio de 2010, do comissário europeu Mario Monti - “A new strategy for the single market” (http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf), com a comunicação de 27 de Outubro de 2010 da Comissão Europeia “Towards a Single Market Act – For a highly

Com a implementação da contratação pública electrónica, diminui a burocracia dos procedimentos aquisitivos, clarifica-se os critérios de escolha do tipo de procedimento e de adjudicação e alarga-se o leque da concorrência.

A contratação pública electrónica poderá ser também um instrumento dissuasor de práticas de corrupção, de concertação de empresas e de conflito de interesses, se seguida com transparência e imparcialidade¹⁶.

2.1. A contratação pública electrónica e a União Europeia

A contratação pública electrónica é uma das grandes metas estratégicas da União Europeia e é objectivo da estratégia “Europa 2020” a implementação da contratação pública *End2End*¹⁷, ou seja, a implementação da contratação pública electrónica desde o princípio do procedimento, com o seu lançamento, até ao seu fim, com a assinatura do contrato.

No entanto, a implementação da contratação pública electrónica no seio dos Estados-Membros da União Europeia tem sido efectuada a diversas “velocidades”. Assim, existem casos de países em que o “arranque” tem sido muito lento, e outros, poucos, em que tem

competitive social market economy – 50 proposals for improving our work, business and exchanges with one another” (http://ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act_en.pdf) e a Comunicação da Comissão de 3 de Março de 2010 “Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo” (<https://infoeuropa.eu/ocid.pt/registo/000043517/documento/0001/>). Também o TJUE, no seu artigo 11.º, refere ser parte integrante das políticas da União Europeia a protecção do ambiente e a promoção do desenvolvimento sustentável. Quanto às Directivas de 2014, as alusões à promoção de políticas de preservação do meio ambiente e de desenvolvimento sustentável são variadas, nomeadamente os Considerandos 37, 41, 71 e 91 e os artigos 18.º, 42, 67.º, 68.º e 70.º.

¹⁶ Nesse sentido, o Conselho de Prevenção da Corrupção, de 7 de Janeiro de 2015, recomenda que se deverá garantir a transparência nos procedimentos de contratação pública, nomeadamente através da publicidade em plataformas electrónicas, assegurando o funcionamento de mecanismos de controlo de eventuais conflitos de interesses, bem como reduzir a utilização dos procedimentos de ajuste directo, sendo que, ao se optar por este procedimento, que sejam consultados mais que um concorrente. Se bem que era propósito do CCP utilizar-se cada vez mais o procedimento por ajuste directo e reduzir a utilização banal do concurso público e do concurso limitado por prévia qualificação, resguardando estes procedimentos para aquisições cujo valor fosse elevado (acima de 75.000 €) e que a escolha do cocontratante tivesse que ter em conta a sua necessária capacidade técnica e financeira. Leia-se, a propósito, o parágrafo quinto, do ponto 2 do preâmbulo do Decreto-Lei 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprova o CCP: “Considera-se estratégico pôr fim à actual banalização dos procedimentos de tramitação mais pesada e complexa (designadamente o concurso público e o concurso limitado) ”.

¹⁷ Ver ponto 2.1.5.

sido um pouco mais acelerado, estando esse objectivo, no cômputo geral, muito aquém do traçado inicialmente, conforme declaração ministerial de Manchester de 24 de Novembro de 2005¹⁸.

Segundo o Livro Verde sobre a utilização da contratação pública electrónica na União Europeia, documento da Comissão Europeia de 2010¹⁹, mesmo em países em que a contratação pública electrónica tinha já algum relevo, como a França, a Itália e a Áustria, o facto é que, na melhor performance, a utilização da contratação pública electrónica não atingia os 5% do volume total da contratação pública do mercado europeu.

Quanto a Portugal, o nosso país tem sido referenciado em vários relatórios comunitários²⁰ sobre contratação pública, onde é dado como exemplo europeu no desenvolvimento e na aplicabilidade da contratação pública electrónica. Portugal é apontado até como um *case study* de boas práticas a seguir na sua implementação.

A aderência à desmaterialização dos processos e dos procedimentos de contratação pública em Portugal é notória ao serem analisados os relatórios de contratação pública electrónica do InCI, antecessor do IMPIC, sobre a utilização da contratação pública electrónica em Portugal²¹.

Este notório avanço do Estado Português na implementação da Contratação Pública electrónica reflecte-se positivamente nos prazos que as novas Directivas de Contratação

¹⁸ Ver ponto 2.1.1.

¹⁹ Ver ponto 2.1.2.

²⁰ São o caso dos seguintes relatórios:

Declaração Ministerial de Manchester de 2005:

<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/files/database/000039001-000040000/000039835.pdf>

Declaração Ministerial de Lisboa, de 2007:

<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/files/database/000039001-000040000/000039835.pdf>

Livro Verde da Comissão Europeia, de 2010:

http://www.umic.pt/images/stories/publicacoes4/Livro%20Verde%20Contrat%20Public%20Electronic%20UE%202010-10-18%20PT_2.pdf

²¹ Ver ponto 2.3.

Pública de 26 de Fevereiro de 2014²² impõem para a transposição de diversas normas nelas plasmadas para o ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro.

2.1.1. A Declaração Ministerial de Manchester de 2005

Um dos objectivos da Conferência Ministerial e-Government, que ocorreu em 2005 na cidade inglesa de Manchester, que produziu a Declaração Ministerial de Manchester²³, era a demonstração visível dos benefícios do e-Government para os cidadãos, para as empresas e para as administrações públicas e o seu impacto positivo na economia e na sociedade.

Um dos pontos em discussão era a imediata implementação da contratação pública electrónica – o e-Procurement -, tendo sido traçados, entre outros, os seguintes objectivos para a sua implementação:

- até 2010 todas as administrações europeias (100%) deveriam ter a capacidade de utilizar os meios de comunicação electrónicos para o lançamento da totalidade dos seus procedimentos aquisitivos, de modo a criar um mercado concorrencial mais justo e mais transparente, independentemente da localização e dimensão dos concorrentes;
- até 2010, metade (50%) dos procedimentos de contratação pública da União Europeia acima dos limiares comunitários deveriam utilizar os meios de comunicação electrónicos.

2.1.2. O Livro Verde da Comissão Europeia de 18 de Outubro de 2010 - alargamento da utilização da contratação pública electrónica na União Europeia

Neste Livro Verde, A Comissão Europeia concluiu que a adesão real à contratação pública electrónica estava muito aquém das metas pretendidas pela Declaração de Manchester. Pelos dados da Comissão Europeia, a adesão cifrava-se em cerca de 5% o total

²² São as já referidas Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, relativas, respectivamente, aos contratos de concessão, aos contratos públicos e aos contratos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. As 2 últimas Directivas indicadas revogaram, a partir de 18 de Abril de 2016, também respectivamente, as Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE.

²³ http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100807034701/http://archive.cabinetoffice.gov.uk/egov2005conference/documents/pdfs/eGovConference05_Summary.pdf.

das adjudicações efectuadas por via electrónica, muito longe dos 50% indicados como meta na referida Declaração de Manchester.

Razões de ordem logística e de ordem administrativa da transição dos procedimentos aquisitivos efectuados em formato de papel para a via digital, bem como a complexidade técnica envolvida foram invocadas pelos Estados-Membros para que a contratação pública electrónica na União Europeia não atingisse os resultados esperados²⁴.

Portugal foi (tem sido) excepção no seio da União Europeia, como refere o Livro Verde da Comissão Europeia, já que desde 1 de Novembro de 2009²⁵, os procedimentos aquisitivos por concurso público, por concurso limitado por prévia qualificação, procedimento por negociação e por diálogo concorrencial, são obrigatoriamente realizados por meios de comunicação electrónica, através de plataformas electrónicas de compras públicas²⁶ a utilizar pelas entidades adjudicantes e onde os futuros fornecedores/prestadores de serviços terão, obrigatoriamente, de aderir para que lhes seja possível apresentar uma proposta a um procedimento aquisitivo.

2.1.3. Comunicação da Comissão Europeia, de 20 de Abril de 2012 – Uma estratégia para a contratação pública electrónica

Nesta comunicação de 20 de Abril de 2012, conclui a Comissão Europeia que a União Europeia está atrasada em relação aos seus próprios objectivos e ao nível internacional, emanados pela Declaração de Manchester. Refere a Comissão que a contratação pública electrónica é utilizada apenas em 5 a 10% dos processos de adjudicação em toda a União Europeia.

²⁴ Livro Verde relativo ao alargamento da utilização da contratação pública electrónica na UE, SEC (2010) 1214, Bruxelas, 18.10.2010, COM(2010) 571 final.

²⁵ Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, que alargou até 31 de Outubro de 2009 o prazo da não obrigatoriedade da utilização das plataformas electrónicas para os procedimentos aquisitivos por concurso público, cujo prazo inicialmente indicado era o dia 30 de Julho de 2009, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto preambular que aprova o CCP.

²⁶ São à presente data cinco as plataformas electrónicas licenciadas: acinGov, anoGov, comprasPt, saphetygov e vortalGov. Durante o ano de 2016, a plataforma Gatewit, gerida pela empresa Construlink, viu-lhe ser cancelada a licença de operação no mercado das plataformas electrónicas pelo IMPIC.

Como obstáculos à contratação pública electrónica, a Comissão elencou os seguintes factores principais:

1. a inércia manifestada por certas partes interessadas.
2. a fragmentação do mercado que pode resultar da existência de uma grande variedade de sistemas, por vezes tecnicamente complexos, aplicados em toda a União Europeia (por vezes, no interior de um único Estado-Membro) e dar origem a um aumento dos custos para os operadores económicos/fornecedores.

Havendo tecnologia preparada e pronta a ser utilizada, era necessário que os dois factores anteriormente elencados fossem ultrapassados. Para tal, a Comissão criou vários grupos de trabalho e definiu várias acções, legislativas e não legislativas, entres as quais se destacam:

- a criação de um quadro jurídico eficaz, nomeadamente para a contratação pública electrónica, de modo a implementar o procedimento aquisitivo totalmente electrónico, quer para as centrais de compras, quer para todas as entidades adjudicantes, acabando gradualmente com a tramitação dos procedimentos aquisitivos por papel;
- a interoperabilidade transfronteiriça sobre assinaturas electrónicas, reforçando a confiança, a segurança, a fiabilidade e facilidade da sua utilização;
- a promoção de soluções práticas baseadas nas melhores práticas da contratação pública electrónica, balanceando entre soluções com o necessário equilíbrio entre o desempenho, relação custo/eficácia e acessibilidade das soluções técnicas existentes no mercado;
- o apoio e o financiamento ao desenvolvimento para a implantação de infraestruturas de contratação electrónica;
- a divulgação dos benefícios da contratação pública aos fornecedores e às entidades adjudicantes;
- o acompanhamento da adesão à contratação pública através de indicadores.

Lê-se neste relatório²⁷ que um outro desafio que a Comissão se propunha vencer seria a possibilidade da segura recepção electrónica de propostas na fase pré-contratual, devendo apresentar um estudo baseado numa experiência-piloto.

2.1.4. Comunicação da Comissão Europeia de 26 de Junho de 2013 – A contratação pública electrónica do princípio ao fim para modernizar a Administração Pública

Na sua introdução, esta comunicação da Comissão Europeia menciona que “*A contratação pública eletrónica do princípio ao fim representa, por conseguinte, um motor fundamental para as prioridades acima referidas, que pode dar o seu contributo para os objetivos de crescimento sustentável consagrados na estratégia «Europa 2020»*”.

O conceito de “contratação pública electrónica do princípio ao fim” vai já para além da utilização das plataformas electrónicas para a contratação pública, abrangendo também a chamada “facturação electrónica”, processo já em curso em Portugal, onde existem entidades adjudicantes que já implementaram esta facilidade tecnológica.

Por este relatório, a Comissão Europeia concluía que em 2012 a larga maioria das Pequenas e Médias Empresas (PME) tinha acesso à Internet²⁸, considerando que a contratação pública electrónica trazia vantagens e benefícios na sua utilização, tendo, por esta via, acesso mais rápido à informação, acesso a mais oportunidades de concorrência e a simplificação processual.

Refere este relatório que em inquérito nacional sobre a contratação pública electrónica em Portugal de 2012, 78% das PME portuguesas mencionaram que por esta via a transparência era maior e 50% mencionaram uma maior concorrência.

²⁷ §4º, do ponto 4 da Comunicação (página 11).

²⁸ Segundo os dados do Eurostat de 2013, apenas 4,5% das PME não tinha acesso à Internet.

Em Portugal, os dados divulgados pela Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) no relatório sobre o consumidor de comunicações eletrónicas, de Janeiro de 2016, a taxa de penetração do Serviço de Acesso à Internet pelas PME em 2014 atingia o valor de 93% (<https://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=385373>). A nível europeu, as estatísticas sobre a economia e a sociedade digital das empresas divulgadas no relatório do Eurostat indica o rácio de 92% a 93% de empresas da UE-28 ligadas à internet (http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Digital_economy_and_society_statistics_-_enterprises).

Constatava-se também pelo estudo apresentado pela Comissão Europeia que a utilização da contratação pública electrónica tinha aumentado, estimando já em níveis de 10% (referente ao ano de 2011) a apresentação electrónica de propostas na União Europeia.

Em Portugal, como na Lituânia, na Suécia e no Reino Unido, os valores relativos sobre a apresentação electrónica de propostas ascendiam a 30%. No entanto, segundo o mesmo estudo, a maioria dos Estados-Membros registava um valor na ordem dos 5%.

Como meta, a Comissão Europeia apontava o ano de 2016 como limite para tornar obrigatória a contratação pública electrónica, do princípio ao fim, e promover a sua interoperabilidade entre os Estados-Membros.

Para atingir tal objectivo, a Comissão Europeia encetaria diversas acções para que:

- se estabelecesse metas intercalares na utilização da contratação pública (e da facturação electrónica);
- a gestão do processo de transição para a contratação pública electrónica;
- a promoção da simplificação, da redução da carga administrativa e a participação das PME e de fornecedores transfronteiriços;
- a promoção do desenvolvimento e a utilização dos certificados electrónicos;
- a facilidade de acesso para os fornecedores transfronteiriços, a facilidade de acesso por parte das PME e a interoperabilidade das opções digitais existentes.

2.1.5. A estratégia “Europa 2020”

A estratégia “Europa 2020”, lançada pela Comissão Europeia em 2010²⁹, prossegue as políticas para uma Europa com uma economia inteligente, sustentável e inclusiva ao nível global da União Europeia, onde a Agenda Digital para a Europa se insere como uma das iniciativas marcantes desta estratégia³⁰.

²⁹ http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/europe2020stocktaking_en.pdf.

³⁰ <http://www.umic.pt/images/stories/publicacoes3/Digital%20Agenda%20Comunic%20COM%202010-05-19%20PT.pdf>.

É pretensão da União Europeia um crescimento inteligente, com o desenvolvimento de uma economia baseada no conhecimento e inovação, e um crescimento saudável, na promoção de uma economia mais eficiente em termos de recursos, mais ecológica e mais competitiva, assim como assegurar a boa gestão dos dinheiros públicos.

Quanto ao investimento em inovação e desenvolvimento (I%D) para Portugal, foi estabelecida uma percentagem em termos do PIB entre 2,7% e 3,3%. Pelos dados da Comissão Europeia, os valores de Portugal em 2013 rondavam os 1,5% do PIB.

Ora, a promoção da utilização da contratação pública electrónica engloba os pressupostos dos objectivos globais da Comissão Europeia para que a União Europeia tenha, no ano de 2020, uma economia inteligente e sustentável³¹.

A tramitação da contratação pública por meios electrónicos tem contribuído para a inovação e o desenvolvimento de plataformas digitais de compras públicas, havendo hoje em Portugal cinco plataformas electrónicas de compras públicas³² licenciadas a operar neste mercado. Para além destas, existem outras duas plataformas eletrónicas de carácter oficial de registo, de acompanhamento e publicitação dos procedimentos aquisitivos a nível governamental, o Portal dos Contratos Públicos (Base) e o Observatório das Obras Públicas (OOP), e uma outra plataforma eletrónica para a tramitação de procedimentos ao abrigo de acordos-quadro, cuja entidade responsável é a ESPAP – Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P (EspaP).

O portal BASE³³ foi lançado em 2008 (na data que entrou em vigor o CCP), tendo sido criado nos termos do n.º 1, do artigo 4 do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, Diploma que aprovou o CCP.

³¹ A economia inclusiva na União Europeia prende-se com políticas sociais de inclusão, cuja temática não se enquadra neste trabalho.

³² Conforme já referido anteriormente na nota de rodapé n.º 26, até 2016 eram seis as plataformas electrónicas de contratação pública, sendo actualmente cinco as plataformas eletrónicas licenciadas: acinGov, anoGov, comprasPt, saphetygov e vortalGov.

³³ www.base.gov.pt.

É, a nível europeu, uma referência na transparência dos procedimentos aquisitivos em Portugal.

PEDRO COSTA GONÇALVES³⁴ afirma que o portal Base, com os objectivos para ele traçados de acompanhamento e publicidade dos procedimentos aquisitivos e dos contratos celebrados no final da tramitação desses procedimentos, assegura um controlo de cidadania, já que qualquer cidadão pode aceder de uma forma simples e rápida a toda a informação desses mesmos procedimentos e a esses contratos celebrados, no âmbito da contratação pública. E todos os contratos celebrados ao abrigo do CCP são publicitados no portal Base, mesmo os ajustes directos simplificados, tramitados nos termos do artigo 127.º deste Diploma legal³⁵.

Por seu lado, o CCP atribui elevada importância ao portal BASE, na medida em que os contratos celebrados ao abrigo do CCP só têm eficácia após a publicitação dos mesmos no portal BASE.

A informação sobre os procedimentos aquisitivos pré-contratuais e sobre os contratos celebrados é enviada pelas entidades adjudicantes, através das plataformas electrónicas e do Diário da República Electrónico e é disponibilizada através do acesso à página do Base. Esta informação é utilizada também para elaboração de dados estatísticos pelo IMPIC e pela ESPAP, sendo estes dados também remetidos para os serviços de estatística da União Europeia.

Quanto ao Observatório das Obras Públicas, este permite a consulta da informação respeitante aos contratos celebrados relacionados com obras públicas, comparando preços contratuais a preços efectivamente pagos e os prazos de execução previstos das obras e os prazos efectivos das mesmas.

³⁴ Gonçalves, Pedro Costa, "Eficiência e transparência na contratação pública: a contratação pública eletrónica", "As reformas do sector público – Perspectiva ibérica no contexto pós-crise", Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp 191.

³⁵ O contrato pode não ser reduzido a escrito, nos termos do artigo 95.º do CCP. Mas qualquer acto de adjudicação cria direitos e deveres, quer à entidade adjudicante, quer ao adjudicatário, criando-se uma relação contratual.

2.1.6. A contratação pública electrónica e as Directivas europeias de 2004 e 2014

As linhas de orientação de utilização da contratação pública electrónica nas Directivas europeias de 2004 e de 2014³⁶ tiveram uma evolução normativa para que esta se tornasse, definitivamente obrigatória em 2018 em todos os Estados-Membros da União Europeia, à medida que os *deadlines* definidos na Directiva de 2014 sejam atingidos, contratação pública electrónica que na Directiva de 2004 era algo que se apresentava ainda como uma opção que os Estados-Membros poderiam ir aderindo e adoptando.

A Directiva de 2004, agora revogada pela Directiva de 2014, mencionava, na senda de vasta legislação anterior respeitante ao tema, a necessidade da utilização gradual de meios de comunicação electrónicos para os procedimentos aquisitivos públicos.

No Considerando 12 da Directiva de 2004, a utilização de meios de comunicação electrónicos para a contratação pública era já um caminho que os Estados-Membros deveriam ter em conta para a contratação pública externa ao mercado interno de cada país.

Assumia-se que com o desenvolvimento constante da tecnologia, seria expectável num curto espaço de tempo a utilização destes meios para a desmaterialização processual da contratação pública.

No entanto, é no Considerando 2 desta Directiva que se estabelecia que “(...) *a adjudicação dos contratos celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado devem respeitar os princípios do Tratado (...), nomeadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, assim como os princípios deles resultantes, tais como os princípios da igualdade de tratamento, da não-discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. (...)*”.

E no Considerando 35, a Directiva Clássica deixava um aviso de que as novas tecnologias de informação escolhidas deveriam ser compatíveis em todos os Estados-Membros, de

³⁶ Referência às Directivas 2004/18/CE (Directiva clássica) e 2014/24/UE (Directiva da nova geração).

modo a que, com a simplificação dos procedimentos aquisitivos por essas vias, não deveriam por em causa a publicidade dos contratos e a eficácia e transparência dos processos aquisitivos.

Como pontos positivos da utilização de meios de comunicação electrónicos, apontava-se a maior concorrência, a melhoria da eficácia dos contratos públicos, através de ganhos de tempo e das economias conseguidas (economicidade), desde que fossem respeitadas as regras da própria Directiva e dos princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência.

A utilização destes meios de comunicação electrónicos para os procedimentos aquisitivos pré-contratuais permitiria secundarizar os objectivos da União Europeia para redução da utilização de recursos naturais, na problemática da sustentabilidade ambiental, no combate à fraude e à corrupção, bem como na aplicabilidade dos princípios europeus da liberalização dos mercados, na eliminação de fronteiras na circulação de mercadorias, de trabalhadores e de capitais, na liberdade de estabelecimento e da prestação de serviços.

O desenvolvimento e a segurança entretanto verificados nos sistemas de certificação de assinaturas electrónicas e de processos de encriptação asseguraria a confidencialidade e a inacessibilidade da informação a ser transmitida por meios de comunicação electrónica que se pretende para a contratação pública electrónica.

Quanto à Directiva de 2014, no seu considerando 52, este menciona ser os meios electrónicos de informação e comunicação os indicados para a simplificação da publicação dos contratos e para o aumento da eficiência e da transparência dos procedimentos de contratação, sendo este o meio de comunicação privilegiado e obrigatório para a tramitação dos procedimentos aquisitivos, nomeadamente a transmissão de anúncios, a disponibilização das peças procedimentais, as comunicações entre a entidade adjudicante e os interessados, os candidatos e/ou os concorrentes, bem como os pedidos de participação e a apresentação de propostas.

No entanto, entende esta Directiva, no Considerando 53, que os meios electrónicos a utilizar não podem ser discriminatórios, sendo os mesmos de disponíveis e compatíveis com outro tipo de meios existentes e de uso corrente.

No Considerando 57, a preocupação na utilização dos meios de comunicação centra-se nos níveis de segurança a atingir, de modo a preservar a identidade, o conteúdo e outra informação remetida por estes meios.

Mais à frente, no Considerando 72, a Directiva obriga a utilização dos meios de comunicação electrónica para os procedimentos aquisitivos efectuados por centrais de compras.

Por fim, no Considerando 80, a Directiva atenta para o facto de os prazos de participação em procedimentos aquisitivos efectuados com recurso a meios de comunicação electrónicos propicia a redução de prazos estabelecidos nos pedidos de participação e na apresentação de propostas, sem que, com isso, diminua a possibilidade de participação das PME³⁷ e a estabilização e solidificação dos princípios da contratação pública, nomeadamente os princípios da concorrência, da transparência e da celeridade.

Terá como expectativa a Comissão, num futuro próximo, que a obrigatoriedade de utilização de plataformas electrónicas para os procedimentos aquisitivos acima dos limiares comunitários pelo Estados-Membros se estendam a todos os outros procedimentos aquisitivos abaixo desses limites, o que, só assim, fará sentido o esforço a aplicabilidade obrigatória de uma contratação pública electrónica do princípio ao fim, convergindo, também assim, para a prossecução das políticas ambientais que a União Europeia quer por implementá-las, em cumprimento, também com o protocolo de Quioto, e mais recentemente com o protocolo de Paris, negociado e aprovado no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a mudança do Clima, em Dezembro de 2015.

³⁷ Preocupação que também já constava no ponto 5 do Livro verde da Comissão Europeia sobre “Os contratos públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro”, de 27 de Novembro de 1996”, (http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_pt.pdf), bem como as preocupações sociais e ambientais.

Tendo como base o anteprojecto de revisão do CCP conhecido³⁸, constata-se que este novo Diploma da Contratação Pública em Portugal, a ser assim publicado, seguirá o caminho da progressiva e gradual utilização dos meios de comunicação electrónicos, nomeadamente a utilização de plataformas electrónicas de contratação pública, para todo e qualquer procedimento de contratação pública.

2.1.6.1. Os prazos de transposição da Directiva de 2014

A Directiva de 2014 não tem apenas o prazo de transposição da mesma para os ordenamentos jurídicos de cada Estado-Membro que, como se sabe, terminou a 18 de Abril de 2016, como indica o seu n.º 1, do artigo 90.º.

Com efeito, para as regras aplicáveis aos meios de comunicação electrónicos, esta Directiva estipula outros prazos limites no n.º 2 do mesmo artigo 90.º, adiando os mesmos para além do prazo para a transposição da Directiva.

Assim, quanto à aplicação do n.º 1 do artigo 22.º, norma relativa às regras aplicáveis à comunicação, os Estados-Membros podem adiar a sua aplicabilidade até ao dia **18 de Outubro de 2018**, excepto quando a utilização de meios electrónicos seja obrigatória:

- nos termos do artigo 34.º, respeitante aos sistemas de aquisição dinâmicos;
- nos termos do artigo 35.º, respeitante aos procedimentos precedidos de leilões electrónicos;
- nos termos do artigo 36.º, respeitante aos catálogos electrónicos;
- nos termos do n.º 3 do artigo 37.º, respeitante aos procedimentos de contratação realizados por uma central de compras (o n.º 2 do artigo 90.º refere ainda que a implementação de centrais de compras apenas poderá ser adiada até **18 de Abril de 2017**);
- nos termos do n.º 2 do artigo do artigo 51.º, respeitante à redacção e modalidade de publicação de anúncios;

³⁸ Anteprojecto de revisão do CCP publicitado em Agosto de 2016 pelo Governo para consulta pública, que adiante poderá ser referido abreviadamente apenas como “anteprojecto”.

- nos termos do artigo 53.º, respeitante à disponibilização electrónica dos documentos de concursos, ou seja, o anúncio do concurso e as peças concursais – programa do procedimento e caderno de encargos.

2.2. O estado actual do e-Government e do e-Procurement em Portugal

Portugal tem vindo a produzir e a implementar, ao longo dos anos e na senda das Directivas da União Europeia, legislação conducente à implementação do e-Government³⁹, como, por exemplo, na prestação de serviços públicos on-line⁴⁰, e à implementação, utilização e desenvolvimento do e-Procurement *End2End*⁴¹. Legislação essa cuja publicitação também foi incluída neste processo de desmaterialização⁴².

³⁹ É o caso, por exemplo, dos seguintes Diplomas Legais com relevância para a contratação pública electrónica:

- Decreto Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de Julho - relativo às regras técnicas e de segurança aplicáveis às entidades certificadores estabelecidas em Portugal na emissão de certificados qualificados destinados ao público;
- Decreto-Lei n.º 116-A/2006, de 16 de Junho – criação do Sistema de Certificação Electrónica do Estado – Infra-Estrutura de Chaves Públicas (SCEE);
- Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril, que altera o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto – regula a validade, a eficácia e o valor probatório dos documentos electrónicos e a assinatura digital;

⁴⁰ Portugal voltou a ser referenciado como um dos melhores países na implementação do e-Government pelos resultados do European eGovernment Benchmark –

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/eu-egovernment-report-2014-shows-usability-online-public-services-improving-not-fast>.

⁴¹ Como exemplo, teremos os seguintes Diplomas Legais:

- Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro – aprovação do Código dos Contratos Públicos;
- Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho – relativo à utilização e troca de comunicações nas plataformas electrónicas;
- Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho – requisitos de utilização das plataformas electrónicas de compras públicas;
- Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro – altera o artº 9.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que impõe a obrigatoriedade da tramitação dos concursos públicos por plataformas electrónicas de contratação pública.
- Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro – altera vários artigos do CCP e procede à sua republicação;
- Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro – regime jurídico aplicável às centrais de compras;
- Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto – regula a disponibilização e a utilização das plataformas electrónicas de contratação pública e revoga o Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho e a Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho;

⁴² Nos termos da seguinte legislação, o Diário da República passou a ser publicitado e divulgado apenas em formato electrónico, mantendo-se a sua gratuitidade e acessibilidade:

- Decreto-Lei n.º 116-C/2006, de 16 de Junho – Estipula a acessibilidade gratuita e universal ao Diário da República por via electrónica, disponibilizado no sítio da Internet gerido pelo Instituto Nacional Casa da Moeda, S.A. (INCM);

Confrontando os prazos indicados na Directiva de 2014 para a implementação, ao nível de cada Estado-Membro, das medidas indicadas no seu artigo 22.º com o CCP⁴³, este tem já previsto e no exercício pleno da sua vigência (com excepção dos catálogos electrónicos⁴⁴) os requisitos requeridos pela Directiva de 2014 quanto à implementação da contratação pública nos Estados-Membros da União Europeia⁴⁵.

Com efeito, com a implementação do DRE e com a entrada em vigor do CCP é possível a desmaterialização total dos procedimentos aquisitivos, desde a criação e publicitação dos anúncios dos concursos públicos (os que têm de ser obrigatoriamente publicitados⁴⁶) até à adjudicação dos procedimentos aquisitivos e assinatura dos respectivos contratos.

Com o CCP e com o desenvolvimento tecnológico que a publicação deste Diploma desencadeou, Portugal deu um “passo de gigante” na implementação da contratação pública electrónica.

Em Portugal, as plataformas electrónicas de contratação pública são (ou podem ser) utilizadas mesmo para os procedimentos de ajuste e onde as propostas são submetidas, com aposição de assinaturas digitais qualificadas e de selos temporais, para serem recepcionadas pelas entidades adjudicantes com segurança e fiabilidade, garantindo também, ao mesmo tempo a sua confidencialidade e intangibilidade.

-
- Despacho Normativo n.º 38/2006, de 30 de junho, da série I-B, do n.º 125 do Diário da República – estipula a cessação da divulgação do Diário da República em formato papel e implementa a disponibilização do referido Diário em formato electrónico, gratuito e acessível.

⁴³ Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro:

Artigo 3.º, n.º 1 – Publicação de anúncios no DRE;

Artigos 4, n.ºs 1 e 2 – Disponibilização das peças procedimentais em plataformas electrónicas de compras públicas e nos sítios da Internet das entidades adjudicantes, bem como no sítio www.base.gov.pt.

Código dos Contratos Públicos:

Artigo 237.º e ss – Sistema de aquisição dinâmicos;

Artigo 140.º e ss – Leilão electrónico;

Artigo 260.º e ss – Centrais de compras;

⁴⁴ Já referenciados no artigo 62.º-A, do anteprojecto de revisão do CCP.

⁴⁵ Muito embora o Diploma que procede à transposição das Directiva de 2004 e que aprovou o CCP, o Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, tenha sido publicado sem o cumprimento dos prazos de transposição indicados nessa Directiva, que previam o dia 31 de Janeiro de 2006 como data limite de transposição. E o CCP entrou em vigor com uma *vacatio legis* de 6 meses, ou seja, a 30 de Julho de 2008.

⁴⁶ Decreto-Lei n.º 223/2009, de 1 de setembro.

Acresce ao referido que, com o desenvolvimento da segurança, fiabilidade e força probatória das assinaturas electrónicas de documentos digitalizados, entidades existem em Portugal que adoptaram já a utilização de assinatura digital nos contratos celebrados, conforme previsto no n.º 1, do artigo 94.º do CCP, muito embora, neste estágio, exista ainda alguma resistência na substituição da assinatura autógrafa por estas. Talvez por retirar alguma solenidade ao acto de assinatura de um documento de compromisso entre as partes que o assinam.

Por outro lado, as partes do contrato tendem a requerer o reconhecimento de poder de assinatura nele colocadas, transferindo a comprovação de poderes, de idoneidade e de integridade de quem assina o contrato pelo modo autógrafo para entidades terceiras (serviços de notário, sociedades de advogados, por exemplo).

2.3. A utilização da contratação pública electrónica em Portugal

Em 27 de Janeiro de 2011, o InCI publicou o primeiro relatório síntese da contratação pública em Portugal após a entrada em vigor do CCP, referente ao ano de **2010**⁴⁷.

Concluiu este relatório que nesse ano de **2010** os procedimentos aquisitivos efectuados por via electrónica corresponderam a 56% do número total dos procedimentos aquisitivos de contratação pública. Desta percentagem, e verificando apenas os procedimentos aquisitivos por ajuste directo iniciados em plataformas electrónicas (os concursos obrigatórios são, como se disse anteriormente, obrigatoriamente tramitados nestas plataformas digitais), conclui-se que 52% destes procedimentos aquisitivos foram efectuados por esta via.

Concluiu ainda que o Índice da Contratação Pública Electrónica em Portugal (ICPEP) atingiu 75% da totalidade da contratação pública e que, pelo Índice de Manchester (IM) – de

⁴⁷ http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/Rel_Anual_Contratos_Publicos_2010.pdf

que, pelo menos 50% da contratação pública acima dos limiares comunitários fosse efectuada por meios electrónicos – Portugal atingiu os 91%.

Portugal não só atingiu a meta traçada pela Declaração de Manchester, como o superou, sendo este país considerado um exemplo de boas práticas a seguir pelo Livro Verde da Comissão Europeia de 18 de Outubro de 2010⁴⁸.

Por comparação, e ainda baseado no mesmo relatório, a avaliação relativa à contratação pública electrónica efectuada pela União Europeia em Outubro de 2010, revelava que mesmo os países que estavam na vanguarda da contratação pública electrónica, como a França, a Itália e a Áustria, a mesma representava 4%, 2,5% e 2%, respectivamente, do volume total da contratação pública electrónica.

Esta adesão à utilização da contratação pública em Portugal acentuou-se nos anos seguintes, em que o ICPEP e o IM foram largamente ultrapassados, conforme se comprova pelos relatórios de contratação pública do InCI para os anos de 2011 a 2015⁴⁹, realidade essa que se poderá reproduzir graficamente pelo quadro seguinte:

⁴⁸ Conforme ponto 2.1.2.

⁴⁹ Os relatórios de contratação pública divulgados pelo InCI permitem-nos comprovar o constante aumento da utilização da contratação pública electrónica para a tramitação dos procedimentos aquisitivos pelas entidades que o CCP definiu no seu âmbito subjectivo, elencado no seu artigo 2.º.

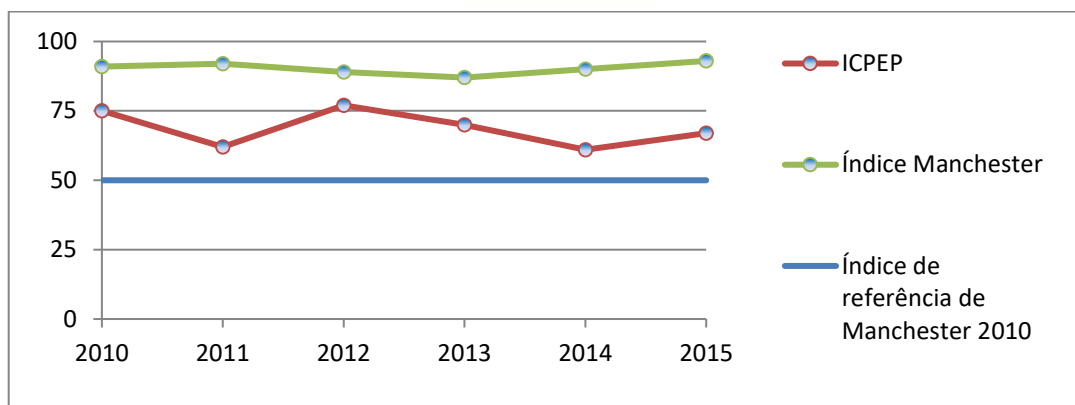
Assim, pelo relatório de contratação pública relativo a 2011, verificou-se uma acentuada utilização das plataformas digitais na contratação pública e apresentou um valor de 62% relativamente ao ICPEP para a formação de contratos, valor superior relativamente ao ano transacto. Quanto ao IM, Portugal atingiu o valor de 92%, valor também superior ao ano transacto.

Relativamente à utilização não obrigatória das plataformas electrónicas para lançamento de procedimentos aquisitivos (os ajustes directos), a opção por este tipo de procedimento resultava em 95,9% da contratação pública em Portugal, e desta percentagem, em cerca de 24,5% desses procedimentos foram utilizadas as plataformas electrónicas de contratação pública.

Em 2012, o relatório de contratação pública deste ano, o ICPEP e o IM atingiram valores na ordem dos 77% e 89%. Neste ano, da totalidade da contratação pública de Portugal, 96,2% dos procedimentos aquisitivos foram por ajuste directo, sendo que as plataformas electrónicas de contratação pública foram utilizadas em 20% desses procedimentos.

Quanto ao relatório de contratação pública respeitante ao ano de 2013, o ICPEP e o IM atingiram os valores de 70% e 87%, respectivamente. Valores relativamente inferiores relativamente a 2012, mas que não deixa de ser positivo, tendo por base os objectivos da Declaração de Manchester.

A percentagem de procedimentos cuja tramitação decorreu através de plataformas electrónicas licenciadas para a contratação pública durante este ano de 2013 foi de 22,7%, resultado em larga escala por não ser



Resultados estes que não atingiram valores mais elevados porque, nos termos do CCP, a utilização de plataformas electrónicas de contratação pública não é obrigatória para a tramitação dos procedimentos aquisitivos por ajuste directo.

2.3.1. As observações do IMPIC

Segundo os últimos relatórios do IMPIC, respeitantes aos anos de 2014 e 2015, a melhoria dos já muito bons resultados que Portugal tem referente à implementação da contratação pública electrónica em Portugal só poderá ser conseguido se se generalizar a utilização das plataformas electrónicas para todos os procedimentos aquisitivos, com o alargamento aos procedimentos por ajuste direto e/ou com a alteração das regras procedimentais relativas à utilização dos procedimentos por ajuste direto (designadamente através da alteração do valor até ao qual é possível o recurso ao ajuste direto, ou através da introdução de um limiar intermédio a partir do qual seja obrigatório a consulta a mais de um fornecedor e/ou a utilização das plataformas electrónicas).

obrigatório a tramitação dos ajustes diretos em plataformas electrónicas de contratação pública, que representam 83,5% da contratação pública em Portugal.

Os dados referentes a 2014 apontam um valor de 20,5% a percentagem dos procedimentos tramitados em plataformas electrónicas, atingindo o ICPEP o valor de 61%, valor inferior ao registado em 2013, mas mantendo uma tendência alta na utilização da contratação pública electrónica em Portugal, continuando a superar em muito as metas delineadas pela Declaração de Manchester. Quanto ao IM, foi atingido o valor de 90%.

Por fim, em 2015, muito embora o valor relativo à utilização de plataformas eletrónicas para tramitação dos procedimentos de contratação pública tenha diminuído relativamente ao ano transacto (14,3%), quer o ICPEP (67%), quer o Índice de Manchester (93%), mantiveram-se a níveis bastante altos.

2.3.2.A previsão de utilização de plataformas electrónicas para 2017 e o anteprojecto de revisão do CCP.

O anteprojecto de revisão do CCP (adiante também denominado por “anteprojecto”) absorveu parte das observações levantadas pelo IMPIC para que os objectivos da utilização da contratação pública electrónica *End2End* delineado pela União Europeia.

Analisemos cada uma delas.

2.3.2.1. A obrigatoriedade da utilização de plataformas electrónicas para ajustes directos

O IMPIC refere nas suas observações que a melhoria dos resultados de implementação da contratação pública electrónica em Portugal só se conseguirá com a obrigatoriedade de os ajustes directos serem tramitados em plataforma electrónica.

Entende-se assim que com a dilação do prazo de obrigatoriedade dessa utilização para os procedimentos por consulta prévia e por ajuste directo para o início de Julho de 2018⁵⁰, durante o ano de 2017 não só os resultados de utilização das plataformas electrónicas em contratação pública não melhorarão, como a tendência será a sua (pequena) regressão, havendo depois durante o ano de 2018 uma subida acelerada nessa utilização, tendo em atenção o *deadline* legalmente imposto para que também estes procedimentos passem a, obrigatoriamente, ser tramitados em plataformas electrónicas.

E isto porque estando obrigadas a cumprir com os princípios da igualdade e da não discriminação e de promover e não distorcer a concorrência, e pela não obrigatoriedade da utilização de plataformas electrónicas para os procedimentos aquisitivos de consulta prévia e de ajuste directo, as entidades adjudicantes deverão assim, por princípio, até à entrada em vigor da norma que obriga a utilização de plataforma electrónica para todos os

⁵⁰ A norma transitória do artigo 9.º do anteprojecto de revisão do CCP, refere, na alínea a) do seu n.º 1, a não obrigatoriedade de utilização de plataformas electrónicas até 30 de Junho de 2018 para a tramitação de procedimentos aquisitivos pré-contratuais com a adopção dos tipos de procedimento de consulta prévia e de ajuste directo.

procedimentos de contratação pública⁵¹, colocar à consideração dos concorrentes neste tipo de procedimento se pretendem que a tramitação dos mesmos decorram em plataforma electrónica ou que o mesmo decorra por outro meio de comunicação tido por adequado, de preferência um meio electrónico, nomeadamente por correio electrónico (*e-mail*, por exemplo).

2.3.2.2. A alteração do valor para recurso ao ajuste directo

Entende-se que a alteração indicada no relatório do IMPIC seria para um limiar inferior ao actual, a partir do qual é obrigatório a tramitação dos procedimentos aquisitivos por concurso público.

Esta observação do IMPIC não foi seguida pelo anteprojecto, mantendo-se o limiar de 150.000 € a partir do qual é obrigatório a tramitação por concurso público dos procedimentos de obras públicas, e o limiar de 75.000 € para os outros contratos⁵². Ou seja, é legalmente permitido a utilização dos procedimentos aquisitivos por consulta prévia e por ajuste directo até ao limite dos valores acima referidos⁵³. Valores estes estipulados em 2008 e que se manterão em vigor quando for obrigatório a utilização de plataformas electrónicas para os procedimentos de consulta prévia e de ajustes directos, ou seja, vigorarão pelo período de pelo menos 10 anos.

Pensa-se, no entanto, que essa actualização poderia ser mais numa perspectiva de uniformização dos limiares para todos os contratos públicos de obras públicas, de fornecimento e de prestação de serviços, pela seguinte razão.

Tendo em atenção os relatórios de contratação pública do IMPIC, verifica-se uma diminuição do peso dos contratos públicos de obras públicas e o aumento de contratos de

⁵¹ Com a provável excepção da tramitação dos procedimentos simplificados de ajuste directo, ou seja, para procedimento cujo valor do contrato seja inferior a 5.000€, nos termos do artigo 128.º do CCP.

⁵² Alíneas c) e d), dos artigos 19.º e 20.º do anteprojecto de revisão CCP.

⁵³ Alíneas a) e b), do artigo 16.º do anteprojecto de revisão CCP

fornecimento e de prestação de serviços⁵⁴. Assim, e numa ideia de nivelamento dos valores limiares para a utilização dos procedimentos aquisitivos por concurso público, teria sido preferível talvez a opção de definir um valor entre os dois definidos no CCP, ou seja, para todos os contratos indicados, haveria um único limiar a partir do qual seria obrigatório a utilização do procedimento de concurso público, valor esse a definir entre os 75.000 € e os 150.000 €⁵⁵.

Por outro lado, é notória a repercussão negativa da pressão que os limiares incute nos fornecedores/prestadores de serviços ao terem que responder a convites ou a concursos públicos cujos montantes estarão imutáveis durante esse longo período de tempo, podendo levar mesmo a situações de compressão dos preços das propostas e apresentarem propostas cujos preços sejam abaixo dos custos em fase de execução de contrato (preços predatórios), indo ao extremo de apresentação de propostas cujos preços sejam considerados anormalmente baixo pelas entidades adjudicantes. Também assim as políticas secundárias que as Directivas de 2014 poderão estar em risco, nomeadamente, por exemplo, as referentes às questões laborais e às questões ambientais.

Referem-se a este propósito os Considerandos 37, 40, 103 e 105 da Directiva de 2014, onde as entidades adjudicantes deverão tomar medidas que assegurem o cumprimento de normas de âmbito laboral e ambiental, entre outras, na elaboração das peças dos procedimentos aquisitivos e na fase de execução do contrato e que deverão ser cominadas com a exclusão as propostas dos concorrentes que em fase de análise e avaliação de

⁵⁴ De facto, no relatório referente aos contratos públicos de 2015, na página 18, constata-se que o número de contratos celebrados referente a obras públicas é quase residual, comparando aos contratos celebrados para bens e serviços. Relativamente aos montantes desses mesmos contratos, se em 2011 os contratos relativos a obras públicas eram superiores aos dos bens e serviços em cerca de 600 milhões de euros, em 2015 os montantes desses contratos são agora menos de 1/3 dos valores dos contratos de bens e serviços, http://www.impic.pt/impic/assets/misc/pdf/RelContratosPublicos_2015.pdf

⁵⁵ As Directivas Clássica e as da Nova Geração dividem os limiares mínimos a partir dos quais é obrigatória a publicidade internacional dos procedimentos aquisitivos de obras públicas e dos bens e serviços – 5.225.000€ e 209.000€, respectivamente (Regulamento (UE) 2015/2342 da Comissão, de 15 de Dezembro de 2014). Dentro da autonomia de cada Estado e dentro dos limites das próprias Directivas, o anteprojecto de revisão do CCP poderia prever a fusão destes limiares num só, para procedimentos aquisitivos inferiores ao limiar mais baixo da Directiva.

propostas pelo júri do procedimento não respeitem ou que se comprove não respeitarem tais disposições, sejam excluídas dos procedimentos aquisitivos, por incumprimento do Direito da União Europeia, de legislação nacional, de obrigações de convenções ou Direito internacionais respeitantes a estas matérias.

O CCP vai no mesmo sentido, ao prever a exclusão de propostas cujo preço apresentado seja considerado anormalmente baixo, ou que a celebração de um contrato tendo por base o preço de uma proposta implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis, nos termos das alíneas e) e f), do n.º 2 do artigo 70.º do CCP ⁵⁶.

2.3.2.3. A introdução de um limiar intermédio de obrigatoriedade de utilização de plataformas electrónicas

Quanto à criação de um limiar em que seja obrigatória a utilização de plataformas electrónicas para procedimentos acima desse valor, seria expectável que o anteprojecto não seguisse esta observação do IMPIC, até porque o objectivo primacial é a de que todos os procedimentos aquisitivos de contratação pública passem a ser tramitados em plataformas electrónicas⁵⁷. Não faria sentido o CCP revisto inculcar uma norma que vigoraria num espaço limitado de tempo, desde a publicação deste novo Diploma, a sua provável *vacatio legis* e a obrigatoriedade de utilização das plataformas electrónicas para os procedimentos de consulta prévia e de ajuste directo, a partir de 1 de Julho de 2018⁵⁸.

2.3.2.4. A introdução de um limiar intermédio para consulta a mais que uma entidade

A observação referente à qual se deveria introduzir-se um limiar intermédio a partir do qual seria obrigatório a consulta a mais de um fornecedor/prestador de serviços teve acolhimento no anteprojecto.

⁵⁶ Refira-se, a propósito, que no anteprojecto, no artigo 1.º-A, n.º 2, se preveja que seja assegurado que os operadores económicos devem respeitar as normas aplicáveis em vigor em matéria ambiental, social e laboral decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional.

⁵⁷ Com a provável excepção dos ajustes directos simplificados, ou seja, procedimentos cujo valor seja inferior a 5.000€.

⁵⁸ Artigo 9.º, n.º 1, alínea a) do anteprojecto.

Assim, para procedimentos aquisitivos de aquisição de bens e serviços cujo valor do contrato seja inferior a 20.000 €⁵⁹, deverá adoptar-se o procedimento de ajuste directo⁶⁰. Para procedimentos aquisitivos cujo valor destes contratos seja igual ou superior a este valor, mas inferior a 75.000€, passará a ser obrigatório o envio do convite à apresentação de proposta a, pelo menos, três entidades, procedimento este que tem a denominação, como já referido, de consulta prévia⁶¹.

Excepciona-se os procedimentos incluídos no anteprojecto, no Capítulo III - Escolha do procedimento em função de critérios materiais, nos termos do seu artigo 27.º-A⁶².

Quanto ao procedimento por ajuste directo, a única alteração que o anteprojecto redefine é o limite até ao qual este pode ser adoptado, pelo que se passará, de seguida, a analisar o “novo” procedimento mencionado na alínea b), do n.º 1 do artigo 16.º, o da consulta prévia.

Seguindo o anteriormente referido, este anteprojecto não teve em conta algumas adversidades e dificuldades que este “repescado” e “renovado”⁶³ procedimento poderá ser portador.

Começando pelo princípio, a formalidade de consultar mais que um concorrente num procedimento aquisitivo, com o envio, a todos quantos a entidade adjudicante assim o entenda, do necessário convite à apresentação de proposta, teve sempre previsão no CCP, nos seus artigos 112.º e 114.º.

⁵⁹ Nos termos das alíneas c) e d) do artigo 20.º do anteprojecto de revisão do CCP. Para os procedimentos de empreitadas, o valor-barreira de adopção do procedimento de ajuste directo ou da consulta prévia para as empreitadas é 30.000€, nos termos das alíneas c) e d) do artigo 19.º.

⁶⁰ Artigo 16.º, n.º 1, alínea a) do anteprojecto.

⁶¹ Artigo 16.º, n.º 1, alínea b) do anteprojecto.

⁶² A remissão que este artigo 27.º-A faz para “os artigos anteriores” será para os artigos 24.º a 27.º, que respeita à adopção por critérios materiais do procedimento do ajuste directo ou da consulta prévia, é subjacente a esta opção o valor do contrato a celebrar, ou seja, se este for de valor inferior ou igual ou superior a 20.000 €. No entanto, pensa-se que este artigo se torna um pouco redundante relativamente aos artigos 24.º a 27.º, já que todos estes referem que, caso se opte pela adopção de uma das situações previstas nestes artigos, os mesmo referem já que se pode adoptar a consulta prévia ou o ajuste directo.

⁶³ O procedimento com consulta prévia estava previsto nos artigos 78.º, 85.º e no capítulo IX, cujo título é “Consulta prévia”, no artigo 151.º e seguintes, todos do Decreto-lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

Depois, a denominação dada tende a confundir-se com a possibilidade de a entidade adjudicante proceder a consultas preliminares (informais)⁶⁴ ao mercado antes do lançamento de qualquer procedimento aquisitivo, para definição dos seus requisitos e especificações técnicas, conforme refere o artigo 40.º da Directiva de 2014, e que no anteprojecto se menciona no seu artigo 35.º-B.

Demais, a definição do limiar a partir do qual é obrigatório a utilização do procedimento por consulta prévia não teve em atenção a estagnação dos limiares do CCP que, em 2018, se terão mantidos inalterados durante 10 anos. Facilmente se chegará a procedimentos aquisitivos cujo valor do contrato ultrapassem os 20.000 €. Poder-se-ia talvez proceder-se a uma actualização de todos os limiares estabelecidos no CCP⁶⁵.

Mais, a opção de utilização deste procedimento ficará sujeita a uma tramitação formal “mais pesada”, similar aos dos procedimentos mais complexos (concurso público e concurso limitado por prévia qualificação), com o aumento dos formalismos e da morosidade na conclusão dos procedimentos, com a probabilidade de aumento da litigância pré-contratual e sem que haja resultados práticos de aumento de concorrência. Isto porque haverá obrigatoriamente uma fase de audiência prévia, onde os concorrentes poderão, por direito próprio, contestar as decisões dos júris dos procedimentos aquisitivos.

Por fim, esta obrigatoriedade de utilização do procedimento de consulta prévia para contratos cujo valor seja acima de 20.000 € levará à alocação de mais recursos financeiros e de mais trabalhadores das entidades adjudicantes para a área da contratação pública, quer na sua preparação prévia, quer, quanto aos elementos a nomear como jurados, para

⁶⁴ Os termos preliminar e prévio são sinónimos um do outro.

⁶⁵ Excepcionando o ajuste directo simplificado, que se manteria fora desta actualização, para não prejudicar o ideal de todos os ajustes directos serem tramitados em plataforma electrónica (muito embora também não fosse de descurar tal actualização) a actualização dos limiares poderia ter sido feita, por exemplo, também nos contratos cuja redução a escrito não seja obrigatória, além de todos os outros indicados. De referir o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro de 2015, respeitante à tramitação de procedimentos de contratação pública na Região Autónoma dos Açores, em que o valor do regime simplificado do ajuste directo vai até aos 15.000 € (artigo 45.º) e em que há dispensa de redução do contrato escrito até esse valor (artigo 41.º), valor a partir do qual se delimita a obrigatoriedade de se proceder à tramitação dos procedimentos por ajuste directo – regime geral.

recepção, análise e avaliação de propostas e na elaboração dos relatórios a apresentar. E havendo reclamação ou impugnação dos procedimentos por parte dos concorrentes (ou dos interessados), as entidades adjudicantes terão que alocar ainda mais recursos financeiros e mais trabalhadores aos procedimentos aquisitivos.

Em conjuntura de crises prolongadas e de défice excessivo que Portugal tem vivido e se tem mantido durante estes últimos anos e num período de reestruturação da orgânica e do “peso” que a Administração Pública tem no aparelho do Estado, para além de se confrontar com restrições à contratação de mais trabalhadores, tem sido obrigatório (pelos sucessivos Orçamentos de Estado apresentados) a redução desse mesmo número de trabalhadores na Administração Pública no aparelho do Estado, o que irá colocar em causa, inevitavelmente, o princípio da celeridade na tramitação e conclusão dos procedimentos de contratação pública⁶⁶ que as entidades adjudicantes estão obrigadas a prosseguir.

Em jeito de conclusão, poder-se-á dizer que este “novo” procedimento aquisitivo em nada aumentará a concorrência, sendo o seu benefício quase nulo, já que a entidade adjudicante poderá convidar, apenas e sempre, os mesmos concorrentes, o que nos leva a que a “reescapagem” e a “renovação” deste procedimento mais não seja a necessidade de mostrar algo de novo nos procedimentos aquisitivos tipificados neste anteprojecto, mas que, na prática, seja um procedimento de pouca utilidade para a promoção da concorrência.

3. A política de defesa da concorrência

Remonta ao Sherman Act⁶⁷ a preocupação na elaboração de legislação respeitante à concorrência, sendo esta Lei tida como uma das primeiras legislações dos tempos modernos

⁶⁶ §5.º e último, do n.º 1 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, Diploma que aprova do CCP

⁶⁷ A lei de Sherman de 1890, elaborada por John Sherman, visou garantir a concorrência entre as empresas nos Estados Unidos da América, sendo considerado um dos primeiros actos de regulação. Surgiram depois outras leis importantes, como a lei Clayton, focada nas operações de concentração de empresas e discriminação de preços, entre outros assuntos.

sobre a defesa da concorrência (*antitrust*⁶⁸), tendo em vista a limitação à criação de monopólios⁶⁹ e de abusos de posição dominante, bem como a preocupação de combate ao conluio e cartelização entre empresas.

Na Europa, e até final da 2.ª Guerra Mundial, não existiam preocupações de políticas de defesa da concorrência por parte dos Estados. Nos poucos países em que o tema era preocupação, como por exemplo na Alemanha⁷⁰ e no Reino Unido⁷¹, o objectivo passava mais por limitar a concorrência do que com a sua promoção, com a protecção da economia nacional de cada país da concorrência exterior e excessiva e onde o monopólio e a cartelização eram práticas politico-económicas aceites e incentivadas, já que era entendimento que estas mesmas práticas promoviam o desenvolvimento da economia e a competitividade das empresas nacionais desses países, alicerçados na máxima da economia liberal “laissez-faire, laissez-passer”.

Até esta altura, a legislação existente atendia basicamente ao controlo sobre os cartéis instalados e não à sua existência ilegal.

Após 1945, embalada pelas políticas da concorrência já colocadas em prática principalmente nos Estados Unidos da América, a Europa foi dissolvendo gradualmente os monopólios e os cartéis no território europeu, começando a implementar-se uma economia social de mercado com base na concorrência que culminou com a criação da Comunidade Económica Europeia pelo Tratado de Roma, onde a República Federal Alemã foi um dos

⁶⁸ Entende-se por antitrust as medidas de prevenção ou de controlo dos mercados ou de monopólios com o propósito de defender e incentivar a concorrência.

⁶⁹ Fala-se em monopólio quando, num determinado mercado, existe apenas uma única empresa, ou uma empresa (devido às características específicas (naturais) desse mesmo mercado ou por políticas de regulamentação governamental) com elevado poder de mercado, capaz de influenciar os preços a seu favor, obtendo lucros com essa exploração abusiva, sem que esta determinada empresa esteja submetida às leis do mercado nem às políticas de defesa da concorrência. Por oposição, teremos o modelo (empírico) de concorrência perfeita, em que num determinado mercado de um bem homogéneo, existem diversas empresas, ausências de barreiras à entrada e saída desse mercado e informação completa desse bem.

⁷⁰ Wilfried Feldenkirchen, “Competition policy in Germany”,
<http://www.thebhc.org/sites/default/files/beh/BEHprint/v021/p0257-p0269.pdf>.

⁷¹ Andrew Scott, “The evolution of competition law and policy in the United Kingdom”,
https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-09_Scott.pdf.

países fundadores e, no caso do Reino Unido, tenha havido alguma resistência com a implementação das políticas da concorrência, mesmo depois da sua adesão à CEE em 1973 até 1998, ano da publicação da Lei da Concorrência.

Por seu lado, em Portugal, durante o Estado Novo⁷² (antes, portanto, da sua adesão à Comunidade Económica Europeia⁷³), como regime corporativista que era, a política de concorrência tinha por objectivo limitar a entrada de novos operadores nos mercados, privilegiando e protegendo os já existentes, criando barreiras económicas, comerciais e políticas à sua entrada⁷⁴. Isso não impediu, no entanto, que Portugal fosse um dos países fundadores da EFTA⁷⁵ em 1960, cujos objectivos passavam pela criação de uma área de comércio livre, sem pagamento de impostos aduaneiros.

Depois da entrada de Portugal na CEE, que posteriormente deu origem à União Europeia, foram desenvolvidas diversas políticas de concorrência e de defesa dos consumidores, sob a égide dessa União de Estados Europeus.

A prossecução dos princípios e objectivos da política de defesa da concorrência são dirigidos a todos os agentes económicos, mas também aos Estados. São os próprios Estados que deverão dar o exemplo e promover, e não distorcer, essa mesma concorrência.

Nesse sentido, esses princípios e objectivos da política da concorrência, bem como a sua promoção, devem ser seguidos por todas as entidades que, de uma maneira ou de outra, se enquadram na definição de Estado, tais como os órgãos de soberania, a Administração directa e indirecta, Administração Autónoma, ao sector empresarial do Estado e outras pessoas e órgãos colectivos de Direito Público, e em que se rege, principalmente, pela

⁷² Período constitucional português entre 1933-1974, após a instauração de um regime de ditadura militar.

⁷³ Portugal pediu formalmente a sua adesão às Comunidades Europeias em 1977. A 12 de Junho de 1985 é assinado o Tratado de Adesão, em Lisboa, no Mosteiro dos Jerónimos. A 1 de Janeiro de 1986 Portugal passa a fazer formalmente parte das Comunidades Europeias.

⁷⁴ Instituiu-se o chamado Nacionalismo Económico, com o incentivo ao consumo de produtos nacionais, bem como o seu escoamento para as colónias portuguesas.

⁷⁵ European Free Trade Association, ou Associação Europeia de Comércio Livre, fundada conjuntamente com o Reino Unido, a Dinamarca, a Noruega, a Áustria, a Suíça e a Suécia. Hoje, a EFTA está reduzida a 4 países: Islândia, Liechtenstein, Noruega e Suíça.

proibição de concentração de empresas susceptíveis de impedir, restringir ou falsear a concorrência e na proibição de abusos de posição dominante.

A concorrência poderá ser considerada um bem (público?) que define (e em que é definida) a opção pela maioria dos Estados pelas economias mistas de mercado⁷⁶, sendo um dos pilares das políticas económicas e sociais desses mesmos Estados que, como fim último, pretendem o bem-estar social global, de preferência sustentável.

Associada à opção política económica acima referenciada, de implementação de uma economia mista de mercado, outras poderão associar-se, tais como a limitação do poder de mercado, na busca de uma maior eficiência e de um desenvolvimento sustentável.

Com base nisto, a política de defesa da concorrência poderá ter por base uma opção política ou ter por base as características intrínsecas de um determinado mercado.

Quando a opção tem por base as características de um mercado, a política de defesa da concorrência tende a limitar, diminuir ou extinguir a existência de falhas de mercado⁷⁷, de assimetrias de informação⁷⁸, o efeito de externalidades⁷⁹, o excesso de poder económico⁸⁰ de grandes agentes económicos e a defesa das pequenas e médias empresas e a constatação de falhas de Estado⁸¹.

⁷⁶ Economia que engloba diferentes modelos e perspectivas de implementação do mercado económico seguido pelos Estados.

⁷⁷ Como exemplo de falhas de mercado, temos a criação de monopólios, as externalidades, a informação assimétrica e mercados incompletos.

⁷⁸ Quando a informação de uma transacção não está acessível de igual maneira a todas as partes envolvidas.

⁷⁹ Como definição, são custos ou benefícios “colaterais” involuntários da actividade económica impostos a terceiros, sem que estes tenham oportunidade de os impedir, de pagar por eles ou de serem indemnizados. Temos assim as externalidades positivas, quando os seus efeitos são positivos (p.e. o desenvolvimento das vacinas e a abrangência de um plano nacional de vacinação e a sua obrigatoriedade) e temos as externalidades negativas, quando os seus efeitos são negativos (p.e. a poluição).

⁸⁰ O que origina a existência de monopólios (um só vendedor), monopónios (um só comprador), oligopólios (alguns vendedores com grandes parcelas de mercado capazes de influenciar o mercado, nomeadamente o factor preço) e abusos de posição dominante.

⁸¹ Existem falhas de Estado quando a intervenção do Estado na economia para eliminar falhas de mercado, geram um resultado é o inverso do previamente pretendido.

O Estado pode, assim, intervir na economia através da implementação de políticas que promovam a concorrência, através da criação de empresas públicas e através da regulação⁸² dos mercados.

A primeira medida legal de implementação de uma Autoridade da Concorrência independente em Portugal é realizada em 2003, com a publicação do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro⁸³, com o objectivo de promoção da concorrência, associando-a ao bem-estar dos consumidores.

3.1. A política de defesa da concorrência no Acordo sobre Contratos Públicos

Parafraseando NUNO CUNHA RODRIGUES⁸⁴, mais do que assentar numa ideia de comércio livre (*free trade*), o Acordo sobre Contratos Públicos⁸⁵ (ACP) apoia-se numa ideia de comércio internacional justo e equilibrado (*fair trade*).

O ACP pretende ser um instrumento jurídico em que os mercados sejam cada vez mais mercados abertos a todos os quantos queiram vincular-se, fornecendo um documento jurídico dinâmico e progressivo de adesão à concorrência internacional, com a possibilidade de revisão dos procedimentos que tenham sido adoptados pelos Estados vinculados.

Os objectivos do ACP passam assim: i) por uma maior abertura dos mercados a nível internacional; ii) por uma maior transparência, quer nos procedimentos de contratação, quer, posteriormente, nos contratos assinados; iii) pela igualdade de tratamento entre os países membros; e iv) pela não-discriminação, objectivo este que se desdobra no princípio

⁸² A regulação é a capacidade coerciva dos Estados para com os agentes intervenientes dos mercados para que estes se comportem como se fossem concorrenciais, numa perspectiva de medidas *ex-ante*, que difere da política de concorrência cujos objectivos passam para que sejam garantidas condições de concorrência entre todos os agentes económicos, de verificação *ex-post*.

⁸³ Já revogado pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto.

⁸⁴ RODRIGUES, NUNO CUNHA, «A contratação pública como instrumento de política económica», Edições Almedina, 2015, pp 123.

⁸⁵ O ACP foi integrado na ordem jurídica comunitária pela Decisão do Conselho de 22 de Dezembro de 1994.

do tratamento nacional e do princípio da cláusula da nação mais favorecida, numa lógica de reciprocidade sectorial⁸⁶.

É um acordo que vincula os países membros⁸⁷ e em que, havendo litígios entre si, possibilita o acesso e a decisão desses mesmos litígios por um Órgão de Resolução de Litígios⁸⁸.

No entanto, as empresas desses países membros não podem aderir a este processo de resolução de litígios, não sendo, por isso, invocável pelas empresas, pois este Órgão não trata de litígios entre as empresas e os países membros e nem entre empresas. A existirem litígios, esses são tratados ao mais alto nível, ou seja, entre os Estados-Membros onde estão sediadas as empresas que se apresentam ao litígio.

O ACP estabelece também condições de igualdade, de interoperabilidade e de acessibilidade para o uso da contratação pública electrónica.

No seu texto consolidado de 2014, o Acordo sobre Contratos Públicos (ACP) expressa a observância da política da concorrência para que a contratação pública seja igualitária, transparente e imparcial, com vista à sua liberalização mundial.

O número 5 do artigo X do ACP refere que na elaboração das especificações técnicas uma determinada entidade adjudicante não deverá contratar com outrem, se esse outrem tenha participado, de maneira directa ou indirecta, na elaboração das especificações técnicas pelas quais a mesma entidade irá celebrar um contrato em que terá, obviamente, uma comparticipação monetária pela prestação em causa.

Mais à frente, na alínea c) do mesmo artigo, agora no que respeita à documentação do concurso, as entidades adjudicantes deverão fornecer aos interessados informações sobre os concursos, se essa divulgação de informação não coloque qualquer interessado numa

⁸⁶ Artigo IV do ACP.

⁸⁷ A vinculação ao ACP conta actualmente com 47 países, englobando, entre outros, todos os países membros da União Europeia, o Canadá, os Estados Unidos da América, o Japão e a Coreia do Sul.

⁸⁸ Artigo XX do ACP.

posição de vantagem para com todos os outros que queiram participar no procedimento aquisitivo e, assim, adquirirem o estatuto de concorrentes.

Os concursos limitados⁸⁹, definidos no ACP, na alínea h) do artigo I, e descritos no artigo XII do mesmo Documento, por sua vez, podem ser utilizados pelas entidades adjudicantes no âmbito do ACP desde que não sejam utilizados para impedir a concorrência entre os fornecedores ou que a mesma seja discriminatória para com estes.

Por último, pretende-se que no âmbito do ACP os procedimentos aquisitivos sejam procedimentos transparentes, imparciais, não discriminatórios e equitativos entre fornecedores nacionais e estrangeiros e abertos ao escrutínio de todos os interessados, com a excepção se esse escrutínio prejudicar a concorrência entre esses mesmos interessados.

3.2. O Tratado CECA e a política de defesa da concorrência

Assinado em Paris em 1951 pela República Federal da Alemanha, a França, a Itália, a Bélgica, a Holanda e o Luxemburgo⁹⁰, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) visava a livre circulação do carvão e do aço entre estes países, havendo uma Alta Autoridade de vigilância do mercado para manter o respeito pelas regras da concorrência, entre outros objectivos. Foi a declaração do Ministro dos Negócios Estrangeiros da França, Robert Schuman, de 9 de Maio de 1950, que impulsionou a criação desta comunidade de países europeus.

Ficou instituído nesse Tratado que os Estados-Membros se abstinham de utilizar entre eles práticas desleais de concorrência e práticas discriminatórias em condições de igualdade.

Acordaram também que a Alta Autoridade supra referida poderia em determinadas circunstâncias, proceder à fixação de preços máximos ou mínimos, bem como deveria ser

⁸⁹ Verifica-se uma similaridade entre o concurso limitado indicado no ACP e os procedimentos de ajuste directo, tendo como critério o do critério material, descrito nos artigos 23.º e ss do CCP.

⁹⁰ Estes três últimos países tinham constituído anteriormente a BENELUX.

informada de qualquer ação procedida por qualquer um dos Estados-Membros que pudesse falsear a concorrência.

A Alta Autoridade detinha também poderes de anulação de acordos ou associações de empresas, se fossem susceptíveis de impedir, restringir ou falsear, directa ou indirectamente, o funcionamento normal da concorrência. O “dumping” era uma questão em que a decisão da Alta Autoridade era predominante.

3.3. Os Tratados da Europa e a política de defesa da concorrência

Na Europa, a defesa da concorrência é uma das principais políticas seguidas desde a criação da CECA, bem como, mais tarde, com a criação da Comunidade Económica Europeia e, mais recentemente, com a instituição da União Europeia, com os tratados de Maastricht e de Lisboa e com o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

O Tratado de Roma de 1957, Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, versava também sobre a matéria da concorrência e a melhor política a implementar para que a concorrência funcionasse equitativamente e igualitariamente dentro do Mercado Comum. Previa-se nesse Tratado que deveria ser instituído um regime que garantisse uma concorrência não falseada.

Os Tratados Europeus cuidam do Direito da Concorrência, nomeadamente o TFUE, embora este não contenha regras directamente aplicáveis à contratação pública, sempre refere o seguinte:

- na Parte III, no Título I, que a União Europeia deverá implementar medidas consolidantes do mercado interno europeu (artigo 26.º e ss);
- no Título II, a União Europeia dispõe sobre a livre circulação de mercadorias (artigo 28.º e ss), a União e Cooperação Aduaneira (artigo 30.º e ss);
- a proibição de restrições quantitativas entre os Estados-Membros (artigo 34.º e ss);

- no Título IV, o TFUE dispõe sobre a liberdade de estabelecimento (artigo 49.º e ss), a livre prestação de serviços (artigo 56.º e ss) e a proibição de restrição aos movimentos de capitais (artigo 63.º e ss);
- o Título VII do TFUE rege sobre as regras comuns relativas à concorrência, nomeadamente as regras aplicáveis às empresas (artigo 101.º e ss) e os auxílios concedidos pelos Estados (artigo 107.º e ss);
- no Título VIII, o TFUE indica que as políticas económicas e monetárias a implementar devem respeitar o mercado aberto e a livre concorrência (artigo 119.º e ss);
- na Parte IV, o Título III, destinado às cooperações reforçadas, estas não podem constituir uma restrição, nem uma distorção da concorrência entre os cooperantes (artigo 326.º e ss).

A defesa da concorrência na União Europeia apresenta-se, assim, através do Direito da Concorrência, com um conjunto de normas jurídicas vinculativas aos seus Estados-Membros, necessárias para a implementação e para o funcionamento das políticas de integração de um modo eficiente do mercado comum sem barreiras, tendo como último beneficiário o consumidor europeu, com vista à edificação, manutenção e fortificação da União Europeia.

4. A União Europeia e a política de defesa da concorrência

A construção de uma União Europeia justa passa, em larga medida, pela convergência normativa que se pretende mais homogénea entre os Estados que a compõem, nomeadamente no âmbito do Direito Administrativo e, em particular, do Direito da Contratação Pública (pela criação um espaço comum do direito privado e do direito público), na sua necessidade constante de adequação e de actualização perante as Administrações dos Estados-membros, os agentes económicos e, não menos importante, perante os cidadãos europeus.

A política de defesa da concorrência é, assim, um dos objectivos primaciais na construção do mercado único europeu e em que a assumpção de cooperação heterogénea e

simbiótica de todos os Estados-Membros, do TFUE (na assumpção da importância do Direito da Concorrência) e do TJUE (nas suas decisões em que o Direito da Concorrência é colocado em questão), é pedra fundamental para alicerçar esse grande e único espaço de implementação e gozo das plenas liberdades constitutivas do Direito Europeu.

No relatório da Comissão sobre a política da concorrência de 2014, de 4 de Junho de 2015⁹¹ é referido que *“a promoção de uma cultura de concorrência contribui diretamente para a melhoria do funcionamento dos mercados, em benefício dos consumidores e das empresas”* e que *“[a política da concorrência] deve contribuir, conforme adequado”* para a promoção de políticas secundárias relativas à promoção do emprego, à inclusividade, à política energética, entre outras.

Através de uma política da concorrência igualitária e equitativa, a União Europeia visa garantir as mesmas condições a todas as empresas que concorram em procedimentos aquisitivos no mercado europeu, de modo a que o funcionamento dos mercados decorra dentro dos objectivos dessa política e que a melhoria do seu funcionamento beneficie os consumidores e as empresas.

EDUARDO RODRIGUES⁹² refere que a política da concorrência é entendida na União Europeia como *«uma matriz de decisões vocacionadas para perseguir uma série de objectivos devidamente hierarquizados»*, com o propósito de regulação e promoção da eficiência dos mercados e a promoção da integração económica para a construção de uma União Europeia cada vez mais desenvolvida, solidária e igualitária.

Em Portugal, como Estado-Membro da União Europeia que é, a política de concorrência segue os objectivos comuns europeus nesta matéria, transpondo as Directivas respeitantes à matéria, passando estas, como se sabe, a fazer parte do ordenamento jurídico português.

⁹¹ http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2014/part1_pt.pdf.

⁹² RODRIGUES, EDUARDO RAUL LOPES, «O essencial da política de concorrência, Edições INA – Instituto Nacional de Administração, pp 21.

Mais, a política da concorrência abrange todos os agentes económicos, sendo dirigida tanto às Administrações dos Estados-Membros e a todas as outras entidades que, através do âmbito subjectivo da Directiva, sejam ou possam vir a ser consideradas entidades adjudicantes, como a todos os outros agentes económicos. Ou seja, em termos de concorrência todos os operadores económicos estão numa situação de paridade legal, aplicando-se a todos, incluindo os Estados-Membros, as normas que estes, através das instâncias comunitárias, adoptam em matéria de política da concorrência.

Convém, nesta fase, evocar a diferença entre Direito da concorrência, Direito da contratação pública e princípio da concorrência em contratação pública, bem como a delimitação dos objectivos desta última.

PEDRO COSTA GONÇALVES⁹³ expande a influência da concorrência pelo Direito da Concorrência e pelo Direito da Contratação Pública (através da política da concorrência), sendo, para ambos um “*valor comum*”, e em que, para o primeiro, a concorrência é um “*valor de liberdade*” – liberdade de empresa e liberdade de iniciativa económica, limitada nas suas acções e comportamentos, com imposição de proibições aos agentes económicos; para o segundo, será um “*valor da igualdade e da economicidade*” – igualdade de tratamento dos agentes económicos perante a entidade adjudicante e economicidade desta na procura da melhor proposta, para uma melhor alocação dos recursos disponível (“*best value for money*”), com imposição de obrigações aos agentes económicos.

NUNO CUNHA RODRIGUES⁹⁴, por sua vez, refere que o direito da concorrência “*visa assegurar o equilíbrio do mercado, permitindo a interacção entre operadores económicos, tendo em vista o bem-estar dos consumidores*”.

⁹³ GONÇALVES, PEDRO COSTA, «Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)», Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. I, Edições Almedina, 2000, pp 495.

⁹⁴ RODRIGUES, NUNO CUNHA, «A contratação pública como instrumento de política económica», Edições Almedina, 2015, pp 330 e 331.

O mesmo AUTOR adianta que o Direito da Contratação Pública *“tem como objectivo permitir às entidades adjudicantes, como consumidoras e na defesa do interesse público, a satisfação das suas necessidades de forma eficiente, sem prejuízo da observância das regras de direito da concorrência e da subordinação ao princípio da concorrência”*.

O princípio da concorrência em contratação pública, por sua vez, visa a implementação de regras em procedimentos aquisitivos pelas entidades adjudicantes, em que todos os potenciais concorrentes são tratados pelas Administrações em igualdade, de um modo imparcial e transparente ao longo desse procedimento aquisitivo.

NUNO CUNHA RODRIGUES⁹⁵ define três funções essenciais desempenhadas pelo princípio da concorrência:

- visa as relações entre concorrentes ou candidatos;
- respeita à relação entre as entidades adjudicantes e as empresas;
- visa a protecção institucional da concorrência.

Pelo mesmo AUTOR, se o objectivo primacial da política da concorrência é a maximização do bem-estar dos consumidores e da eficiência económica através de um processo concorrencial, os objectivos do Direito da Contratação Pública serão a não-discriminação, a transparência e a igualdade de tratamento entre os potenciais concorrentes ou candidatos e o *“best value for money”*, ou seja, a eficiência da despesa pública⁹⁶.

Temos assim que a política da concorrência deverá garantir condições concorrenciais para o funcionamento dos mercados, logo da economia.

⁹⁵ RODRIGUES, NUNO CUNHA, «A contratação pública como instrumento de política económica», Edições Almedina, 2015, pp 334 e 335.

⁹⁶ RODRIGUES, NUNO CUNHA, «A contratação pública como instrumento de política económica», Edições Almedina, 2015, pp 197.

5. A Directiva de 2014 e a política de defesa concorrência e o princípio da concorrência

Tendo por base a Directiva de Contratação Pública 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014 (relativa aos contratos públicos, que revoga a Directiva 2004/18/CE), este trabalho centrará a sua linha de orientação relativamente ao princípio da concorrência, afluando, quando necessário, e por cumplicidade deste, os outros princípios invocáveis pela contratação pública, nomeadamente os princípios da imparcialidade, da igualdade, da proporcionalidade e da transparência.

Para acautelar a defesa do direito da concorrência, logo no Considerando 1, a Directiva refere que “A adjudicação [de contratos públicos] pelas administrações dos Estados-Membros (...) deve respeitar (...) os princípios da igualdade de tratamento, (...) e da transparência (...) e [que] os contratos públicos sejam abertos à concorrência.”

Mais à frente, para garantia da prossecução do princípio da concorrência nos procedimentos a tramitar, o Considerando 90 menciona que “A adjudicação de um contrato deverá realizar-se com base em critérios objectivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento, com vista a assegurar uma comparação objetiva do valor relativo das propostas, a fim de determinar, em condições de concorrência efetiva, a proposta economicamente mais vantajosa. (...)”.

Acrescenta o parágrafo segundo do Considerando 92 que os critérios de adjudicação escolhidos devem “assegurar a possibilidade de concorrência efetiva e leal (...)”.

Já o Considerando 101 abre a possibilidade de as autoridades adjudicantes excluïrem os operadores económicos por violação das regras da concorrência, no âmbito das obrigações ambientais ou sociais ou outra falta profissional grave, que questione a idoneidade de um operador económico.

Depois, no seu articulado, o artigo 18.º, n.º 1, cuja epígrafe é “Princípios da contratação”, a Directiva refere o seguinte: “As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-

discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada”. No parágrafo segundo do mesmo número refere que “Os concursos não podem (...) reduzir artificialmente a concorrência” favorecendo ou desfavorecendo determinados grupos económicos.

No n.º 3, do artigo 56.º da Directiva é mencionado que as autoridades adjudicantes podem solicitar aos operadores económicos que completem a sua proposta, com respeito integral pelos princípios da igualdade de tratamento e da transparência.

Por último, o n.º 4, do artigo 67.º, relativo aos critérios de adjudicação, refere que estes devem assegurar a possibilidade de concorrência efetiva.

Pelas transcrições da Directiva acima efectuadas, a aplicabilidade do princípio da concorrência é o garante dessa mesma concorrência e tem como destinatários principais as Administrações dos Estados-Membros e as entidades adjudicantes (referidas e definidas com tal na no artigo 2.º Directiva), no seu labor de preparação dos procedimentos pré-contratuais, na avaliação e comparação das propostas recebidas, na adjudicação e na execução contratual.

Mas o princípio da concorrência deverá ser seguido e observado por todos os que participam directa e indirectamente em procedimentos aquisitivos de contratação pública, nomeadamente os júris dos procedimentos aquisitivos, os concorrentes e os candidatos⁹⁷, entre outros, e todos deverão agir e adoptar mecanismos de cumprimento do princípio da concorrência, mas também, e não menos importante, não adoptar acções, ou adoptar não-acções, que tenham como fim a distorção deste princípio.

⁹⁷ Entidades estas que tanto podem ser privadas ou públicas, que se apresentam a procedimentos aquisitivos como fornecedores ou como prestadores de serviços (entre outros).

6. O quadro legal português do Direito da Concorrência

6.1. A política de defesa da concorrência e a Constituição da República Portuguesa

Para PEDRO COSTA GONÇALVES, a protecção e a promoção da concorrência é uma incumbência Estatal, que visa o interesse público⁹⁸, sendo o Estado visto como o “*garante da ordem concorrencial*”, na aplicação e execução de regras (“*public enforcement*”)⁹⁹, tendo como escopo actividade económica dos agentes económicos.

É incumbência constitucional¹⁰⁰ (prioritária?) do Estado Português que os mercados funcionem eficientemente, ao regular e fiscalizar formas de organização de monopólios e os abusos de posição dominante, bem como reprimir práticas lesivas do interesse geral.

O sancionamento das práticas lesivas do interesse geral acima identificadas por parte do Estado tem como finalidade a defesa do consumidor e a maximização do bem-estar geral da sociedade, que se poderá atingir através de uma concorrência sã, transparente e com o cumprimento das normas legais em vigor.

O direito da concorrência surge assim como uma dupla função: 1) a função do Estado de produção de normas relativas aos agentes económicos e de balizar e limitar as suas acções e os seus comportamentos no mercado perante os seus concorrentes e, principalmente, perante os consumidores; e 2) a função reguladora, supervisora e fiscalizadora da Autoridade da Concorrência¹⁰¹ (e das Autoridades sectoriais) ante esses mesmos agentes económicos.

⁹⁸ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública), “Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles”, Edições Almedina, 2012, pp 481.

⁹⁹ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública), “Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles”, Edições Almedina, 2012, pp 483.

¹⁰⁰ Alínea f), do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁰¹ Sendo necessária a sua intervenção, a Autoridade da Concorrência deverá delimitar e identificar o mercado relevante e a existência de poder de mercado de determinada(s) empresa(s), sendo que na identificação do mercado relevante, dever-se-á analisar esse mesmo mercado do ponto de vista do produto e do ponto de vista geográfico e se destes pontos de vista se existe alguma pressão concorrencial (substituibilidade do produto) sobre o mercado a analisar.

Desta forma, e dentro destes limites, poderão os *players* do mercado “ir a jogo”, canalizando todo o seu *know-how*, a sua eficácia e eficiência e todo o seu potencial comercial e concorrencial para a apresentação de propostas inovadoras, com melhores preços e melhor qualidade, e concorrerem entre si, de modo a que um deles seja o “vencedor” e, assim, poderem contratar com a entidade adjudicante e celebrar um contrato público.

6.2. O regime jurídico da concorrência

Pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, foram publicados os estatutos da Autoridade da Concorrência, revogado agora pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto.

A Autoridade da Concorrência assegura a promoção e a defesa da concorrência nos diversos sectores económicos com o objectivo de um mercado eficiente e de uma melhor afectação dos recursos, com respeito pelos interesses dos consumidores¹⁰².

A Autoridade da Concorrência garante ainda a aplicação em Portugal das regras da defesa da concorrência resultantes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nomeadamente os seus artigos 101.º e 102.º, e o Regulamento (CE) n.º 1/2003, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas.

Pelo artigo 5.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, são atribuídas diversas tarefas, entre as quais a promoção e defesa da concorrência, o fomento e a adopção de práticas que promovam a concorrência, de promoção, de investigação e de desenvolvimento de iniciativas que promovam a concorrência, bem como compete também à Autoridade da Concorrência contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo da concorrência.

Para a assunção cabal das suas competências, são atribuídos à Autoridade da Concorrência poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação¹⁰³, de modo a

¹⁰² Artigo 1.º, n.º 3, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência.

identificar e investigar comportamento que infrinjam a concorrência, por práticas restritivas da mesma pelos *players* no mercado, entidades adjudicantes e entidades adjudicatárias, bem como elaborar, aprovar, e pronunciar-se quanto a regulamentos, a instruções e a iniciativas legislativas respeitantes à política de defesa da concorrência.

Estes poderes não englobam, no entanto, o poder de interferir nos diferendos entre as empresas e os consumidores finais, cuja competência se remete para as entidades e autoridades sectoriais correspondentes. O poder estatuído da Autoridade da Concorrência respeita à actividade de cada empresa, ao diferendo entre empresas e entre empresas e entidades adjudicantes, de modo a que a concorrência no mercado seja transparente.

A articulação da actuação conjunta entre a Autoridade da Concorrência e as diversas Autoridades reguladoras e fiscalizadoras sectoriais na economia e a necessária cooperação entre todas são preponderantes para que as políticas de direito da concorrência e o princípio da concorrência sejam almejados, quer pelos agentes económicos privados, quer pelas entidades públicas, de modo a que não haja atropelos de competências e a que exista uma harmonia normativa, regulatória e fiscalizadora unicistas, transmitindo à economia em geral, com isso, segurança, estabilidade e previsibilidade.

Quanto ao regime jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, aplica-se a todas as actividades económicas¹⁰⁴, englobando, subjectivamente, todas as empresas definidas nos termos do n.º 1, do artigo 3.º do Diploma, bem como todas as empresas públicas, *lato sensu*, incluindo as que prestem serviços de interesse económico geral ou que tenha a natureza de monopólio legal, desde de a aplicação deste regime não colida com os objectivos destas entidades últimas¹⁰⁵.

Para o legislador, as práticas restritivas da concorrência são as mencionadas nos artigos 9.º e 11.º a 13.º, respeitando a acordos, práticas concertadas e decisões de associações de

¹⁰³ Artigo 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência.

¹⁰⁴ Artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

¹⁰⁵ Artigos 3.º e 4.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

empresas e aos abusos de posição dominante e de dependência económica, sendo o artigo 10.º do mesmo Diploma legal a justificação das práticas indicadas no artigo prévio.

Segundo o Direito da Concorrência, a intervenção estatal na actividade económica deverá assim estar restringida ao mínimo e deixar o mercado funcionar, com respeito por esses mesmos mínimos indicados no parágrafo anterior. Ou seja, havendo fundamentos de que a concorrência esteja em “perigo”, deverá então o Estado activar a sua função sancionatória, de modo a reprimir quaisquer actos de impedir, falsear ou restringir essa concorrência.

7. O princípio da concorrência como pilar das liberdades fundamentais da União Europeia

A defesa de uma concorrência sã, igualitária, justa, transparente, aberta e livre é causa persistente das instituições internacionais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a União Europeia, para a eliminação de barreiras aduaneiras à entrada nos mercados e para a adopção de princípios de favorecimento de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, por exemplo.

Como potência mundial do comércio¹⁰⁶, a União Europeia desempenha um papel preponderante, quer na OMC, na procura de um comércio justo, livre e igualitário (através de acordos como o ACP ou em acordos bilaterais e multilaterais), quer ainda na Organização das Nações Unidas, na ligação entre a contratação pública e políticas de sustentabilidade ambiental e ecológica.

Para que o mercado único da União Europeia se consolide num espaço sem fronteiras e sem limitações à livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais, as políticas de defesa da concorrência têm sido alicerçadas dentro do quadro das regras estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do TFUE, respeitantes a regras direccionadas às

¹⁰⁶ A UE representa mais de 20% do produto interno bruto mundial (PIB), sendo maior economia mundial, em que as exportações representam cerca de 2 415 mil milhões de euros e as importações representam cerca de 2 188 mil milhões de euros, contribuindo para o desenvolvimento do comércio mundial, através da OMC (http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuid=FTU_6.2.1.html).

empresas (concentração de empresas e abuso de posição dominante) e no artigo 107.º, respeitantes aos auxílios concedidos pelos Estados às empresas.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem sustentado as opções de política de defesa da concorrência defendidas dentro da União Europeia, na uniformização de decisões de punição de actos que falseiem ou restrinjam a concorrência, dentro dos limites e do quadro do TFUE.

Também a resistência à liberalização de determinados mercados e os auxílios estatais podem ser actos que tendem a distorcer a concorrência e a dar vantagem a determinadas empresas, prejudicando a concorrência e, conseqüentemente, a economia.

Assim, deve ser corrigido ou impedido qualquer acordo ou prática anticoncorrencial entre empresas, com o intuito de restringir, limitar ou eliminar a concorrência, bem como os abusos de posição dominante e as fusões entre empresas que tenham por fim o falseamento ou a restrição da concorrência.

A política da defesa da concorrência tende a assegurar, assim, que todos os agentes económicos operam nos mercados em igualdade, com mais e maior eficiência, com preços reduzidos e com boa qualidade, aliados à inovação, com benefício último para os consumidores.

Em procedimentos de contratação pública, é função providencial relevante das entidades adjudicantes a vigilância constante e apertada na detecção de práticas restritivas e distorcivas da concorrência, desde a apresentação das propostas até à adjudicação do procedimento aquisitivo. Na fase de análise e avaliação das propostas, deverão as entidades adjudicantes afastarem a sua função adjudicatória do procedimento e avocarem, em primeira linha, a sua função de prevenção da concorrência.

O princípio da concorrência condiciona assim, pela sua força qualitativa em procedimentos de contratação pública, as decisões a tomar na adjudicação desses procedimentos aquisitivos.

Este (o princípio da concorrência), bem como o princípio da comparabilidade das propostas¹⁰⁷ (um subprincípio derivado do princípio da concorrência) tendem, no entanto, a não se projectar tanto na relação entre as diversas propostas apresentadas no procedimento aquisitivo pelos concorrentes, pelo mérito de uma na comparação com as outras, mas mais na relação entre os concorrentes e a entidade adjudicante, na repercussão dos critérios densificadores de análise e avaliação face às diferenças apresentadas pelas várias propostas.

Ou seja, sabendo antecipadamente quais as regras e as condições impostas pela entidade adjudicante para um procedimento aquisitivo pela publicação do programa do procedimento, e em conexão com os princípios da igualdade e da imparcialidade seguidos e respeitados por parte do júri do procedimento aquisitivo na análise e avaliação das propostas recebidas, a competição entre concorrentes não se focará tanto na comparação entre as propostas apresentadas pelos diversos concorrentes, mas sim entre as propostas apresentadas e as regras e condições previamente divulgadas pelo programa do procedimento, pelo qual os concorrentes poderão, antecipadamente, prognosticar qual a ordenação e/ou pontuação da sua e das outras propostas, para efeitos de adjudicação.

Isso é conseguido através da prévia definição e estabelecimento dos factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação (da proposta economicamente mais vantajosa) por parte da entidade adjudicante, que limita e acautela que a avaliação do júri às propostas submetidas ao procedimento aquisitivo não deve ser influenciada pelo conteúdo individual de cada uma, mas que essa avaliação deva ser objectivamente realizada dentro

¹⁰⁷ O princípio da comparabilidade das propostas reflecte-se no processo de avaliação das propostas apresentadas num procedimento aquisitivo, na verificação e validação de (um ou vários) denominadores comuns de avaliação que as mesmas têm de apresentar, tendo por base os factores e os subfactores definidos e nas respectivas escalas de valoração que densificam o critério de adjudicação. Uma proposta que não apresente um atributo submetido à concorrência não está numa situação em que esta possa ser comparável (ou, se se quiser, avaliável) como as outras que o apresentaram, no sentido em que a entidade adjudicante fica impossibilitada de avaliar um atributo que não foi apresentado na proposta de determinado concorrente. Para que o princípio da comparabilidade das propostas continue a ser prosseguido no procedimento aquisitivo em concreto, esta proposta incompleta terá de ser excluída do procedimento aquisitivo pelo júri do procedimento, nos termos do artigo 70.º, n.º 2 do CCP, mantendo-se para as outras a possibilidade da sua comparabilidade (ou a sua “*avaliabilidade*”).

dos limites do factores e subfactores previamente definidos, aplicáveis aos atributos apresentados por cada uma das propostas.

Não basta, no entanto, aos concorrentes em procedimentos aquisitivos (e às entidades adjudicantes) agirem segundo as regras neles estabelecidas, mas também de acordo com os princípios basilares da contratação pública, por isso a violação das regras do procedimento aquisitivo e do princípio da concorrência observar-se-á por actos e práticas abusivas perpetrados por parte de pretensos concorrentes cujo objectivo único é a obtenção das informações contidas nas propostas apresentadas pelos outros concorrentes, esses sim empenhados na apresentação de uma proposta que leve a entidade adjudicante escolher a sua em detrimento das outras apresentadas.

As entidades adjudicantes que procedam à tramitação de procedimentos aquisitivos de contratação pública por meios de comunicação electrónicos (que em Portugal, no estágio avançado em que se encontra nesta matéria, essa tramitação é efectuada, como já se disse, em plataformas electrónicas de contratação pública) não podem alhear-se desta vigilância, sancionando essas condutas e práticas, embora podendo as mesmas não serem catalogadas como limitadoras nem restritivas da concorrência, propendem à sua distorção, na medida em que se poderão qualificar estas acções como condutas e práticas, que não sendo anticoncorrenciais, são, na sua essência, condutas e práticas não-concorrenciais.

Anteriormente à obrigatoriedade de tramitação de procedimentos aquisitivos por concurso público através de plataformas electrónicas de contratação pública¹⁰⁸, a abertura das propostas apresentadas a concurso era realizada em acto público, onde, numa sala, estavam presentes os concorrentes (ou os seus representantes), os interessados no procedimento e o júri do procedimento, que abria e validava as propostas apresentadas.

Neste acto público, era verificado pelo júri se o que determinado concorrente tinha apresentado poderia ser considerado uma “proposta”, com os elementos e documentos

¹⁰⁸ Portanto, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro.

mínimos necessários, nos termos definidos na Lei¹⁰⁹. Não sendo considerada uma proposta, esta poderia não ser admitida e o concorrente excluído da lista de concorrentes, não sendo possível a este a consulta das propostas dos outros concorrentes.

Depois, a consulta de todas as propostas apresentadas por todos os concorrentes era efectuada num limitado espaço de tempo determinado pelo júri¹¹⁰, tempo esse que os concorrentes admitidos a concurso o consumiam a verificar, para além do preço apresentado, se as outras propostas continham termos ou condições contrárias ao caderno de encargos, ou omissas nalguns aspectos tidos por essenciais para a decisão de contratar, que pudesse levar à sua exclusão que não tivessem sido levados em conta pelo júri ou que tivessem escapado ao escrutínio deste órgão e, assim, reduzir o número de concorrentes admitidos, tentando diminuir, nos limites legais, o número de concorrentes em competição e ser a sua a proposta escolhida.

As propostas submetidas a concurso não ficavam, portanto, à disposição de todos os concorrentes *ad aeternum*¹¹¹, como acontece com a tramitação dos procedimentos aquisitivos por plataformas electrónicas de contratação pública, em que as propostas são descarregadas dessas plataformas para os computadores pessoais dos concorrentes e aí ficam, sempre disponíveis para consulta.

Isto sem a possibilidade legal de o júri não incluir na lista de concorrentes quem não apresente uma proposta nos termos definidos pelo CCP e pela LPE, ou pela definição defendida neste trabalho, quem apresente uma não-proposta.

¹⁰⁹ Nos termos do CCP e da LPE, dependendo do critério de adjudicação escolhido pela entidade adjudicante, uma proposta poderá ser constituída, apenas pela declaração do anexo I (ou do anexo V) do CCP, de aceitação do caderno de encargos, e pelo formulário principal disponibilizado pelas plataformas electrónicas para preenchimento e submissão, onde deverá constar o preço da proposta.

¹¹⁰ Artigo 11.º, n.º5, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

¹¹¹ O n.º 4, do artigo 71.º da LPE refere que as propostas submetidas num procedimento aquisitivo deverão estar disponíveis para consulta (na plataforma e pelos concorrentes) até seis meses após a conclusão do procedimento.

8. Os princípios da Administração Pública e da contratação pública e o princípio da concorrência

8.1. Os princípios do Código do Procedimento Administrativo

O Código do Procedimento Administrativo (CPA)¹¹² prevê que a Administração Pública¹¹³ se deva reger, entre outros, pelos princípios da legalidade, da boa administração, da responsabilidade, da igualdade, da imparcialidade e da boa-fé.

O princípio da legalidade (artigo 3.º), princípio de raiz constitucional¹¹⁴, aponta a obediência e a vinculação à lei e ao direito na actuação da Administração Pública, dentro dos seus limites e poderes.

O princípio da boa administração (artigo 5.º) indica que a Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, de economicidade e de celeridade.

Pelo princípio da responsabilidade (artigo 16.º), a Administração Pública responde pelos danos causados no exercício da sua actividade.

A igualdade (artigo 6.º) e a imparcialidade (artigo 9.º) são princípios caros à Administração Pública, não podendo esta, nas relações estabelecidas com os Administrados, privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum dos Administrados, bem como tem o dever de os tratar de forma imparcial, preservando a sua isenção administrativa e criando confiança aos Administrados nessa isenção.

¹¹² Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

¹¹³ Integra, neste sentido, toda e qualquer entidade, pública ou privada, que exerça ou esteja delegada em exercer qualquer função administrativa, a título principal ou acessório. Interessa, assim, delimitar o âmbito de aplicação do que está sujeito ao CPA (âmbito objectivo) e não tanto quem está sujeito ao CPA (âmbito subjectivo).

¹¹⁴ Artigo 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Pelo princípio da boa-fé (artigo 10.º), a Administração Pública (e os particulares) devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé, num espírito de confiança e na sua actuação ao objectivo a alcançar.

8.2. O princípio da concorrência e o Código dos Contratos Públicos

O princípio da concorrência garante o acesso aos procedimentos aquisitivos ao maior número de interessados, salvaguardando e respeitando o normal funcionamento do mercado e a protecção subjectiva dos concorrentes, bem como a melhor via para a prossecução do interesse público, com melhores condições financeiras e de execução do contrato¹¹⁵, suprimindo e opondo-se a todas e quaisquer práticas que tenham o objectivo ou o efeito de impedir, falsear ou restringir a concorrência.

PEDRO COSTA GONÇALVES¹¹⁶ conclui que o princípio da concorrência é um padrão ou um factor de vinculação da actuação das entidades adjudicantes (obrigando-as a *“seguir a regra de uma maior abertura possível à concorrência”*), ligado ao princípio da igualdade e ao *princípio* da economicidade da contratação pública, numa lógica de alcance do *“best value for money”* em procedimentos aquisitivos de concursos públicos.

Do mesmo modo, MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA¹¹⁷ apontam o princípio da concorrência como *«a verdadeira trave-mestra da contratação pública»* e o *«o tronco do sistema de contratação pública, porque se prolonga em múltiplas ramificações»*.

Os mesmos AUTORES resumem¹¹⁸, não de uma maneira taxativa, as manifestações ao princípio da concorrência no CCP, elencando uma diversidade de exigências onde este princípio se enquadra.

¹¹⁵ SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO, CONTRATOS PÚBLICOS, Direito Administrativo Geral, Tomo II, Edição Dom Quixote, pp 75.

¹¹⁶ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)”, “Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles”, Edições Almedina, 2012, pp 492 e 493

¹¹⁷ ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO E RODRIGO, «Concursos e outros procedimentos de contratação pública», Edições Almedina, pp 185.

Não pretendendo ir mais além, nem sequer complementar essas manifestações ao princípio da concorrência no CCP, segue uma análise do mesmo princípio na leitura efectuada ao CCP.

É afirmado no parágrafo quinto, do ponto 2 do Diploma Preambular que aprova o CCP, o Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que a escolha do tipo de procedimento condiciona o valor do contrato a celebrar. Por sua vez, o artigo 16.º, n.º 1, submete a contratação pública à concorrência com a adopção dos procedimentos tipificados no CCP.

Ora, na prática, será precisamente o inverso que acontece, ou seja, o valor do contrato é que vai condicionar a escolha do procedimento, já que a entidade adjudicante, perante uma necessidade de adquirir um bem ou um serviço, fará a sua pesquisa prévia ao mercado desse bem ou serviço¹¹⁹. E consoante a previsão dos custos globais que essa pesquisa transmita, garantindo igualmente que o princípio da concorrência não seja violado, a entidade adjudicante definirá qual o tipo de procedimento a escolher para proceder, formalmente, ao lançamento de um procedimento aquisitivo.

Pelo que é referido anteriormente não se pretende tomar a posição de que seja o princípio da concorrência a influenciar a escolha dos procedimentos aquisitivos, mas que independentemente do tipo de procedimento escolhido, este terá que tramitar sob escrutínio do princípio da concorrência, secundado pelos outros princípios balizadores da contratação pública. É a lei, e não o princípio da concorrência, que dispõe quais os procedimentos a adoptar em função do contrato a celebrar. O princípio da concorrência será aplicável ao tipo de procedimento aquisitivo escolhido. Claro está que o concurso público proporciona mais e maior concorrência que o concurso limitado por prévia qualificação e que o ajuste directo, mas, mesmo neste último tipo de procedimento, o princípio da concorrência não pode deixar de se fazer sentir e de estar presente.

¹¹⁸ ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO E RODRIGO, «Concursos e outros procedimentos de contratação pública», Edições Almedina, pp 192.

¹¹⁹ Como agora prevê o artigo 35.º-B, do anteprojecto de revisão do novo Código dos Contratos Públicos, com a inclusão nesse Código que as entidades adjudicantes podem realizar consultas preliminares e informais ao mercado para definição dos termos, condições e requisitos para poder planear a futura aquisição.

Desde que o intuito da entidade adjudicante não seja o de falsear as regras da concorrência, devendo esta preocupação ser constantemente escrutinado e posto à prova por aquela, mas de optar por uma maior singularidade de um tipo legal de procedimento aquisitivo¹²⁰, para atingir o seu objectivo principal (o de adquirir um bem ou um serviço) até o procedimento de ajuste directo com consulta a uma única entidade, o princípio da concorrência deve (e tem de) estar presente no espírito de quem decide utilizar este tipo de procedimento, nas consultas preliminares e informais que efectua, antes de se proceder com a possibilidade de lançamento deste tipo procedimento aquisitivo, de consultar, formalmente, uma única entidade para apresentar uma proposta.

O que se pretende atingir, em suma, é que, independentemente do tipo de procedimento aquisitivo escolhido pela entidade adjudicante, as regras aplicáveis e aplicadas sejam iguais para todos os que pretendam ser concorrentes ou candidatos.

Pelo CCP são também directamente invocáveis e aplicáveis, para além do princípio da concorrência, entre outros, os princípios da igualdade, da imparcialidade e da boa-fé. O n.º 4, do artigo 1.º deste Diploma legal menciona que à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência¹²¹.

Quanto ao caderno de encargos, definem os n.ºs 1 e 5 do artigo 42.º, bem como o artigo 45.º, relativamente às parcerias público-privadas, que este deverá fixar os aspectos da execução do contrato que estão e os que não estão submetidos à concorrência e que, para fixação do prazo para apresentação de proposta, dever-se-á ter em conta, nos termos do n.º 2 do artigo 62.º, o tempo necessário para a sua elaboração, em função da natureza, das características, do volume e da complexidade do contrato a celebrar, nomeadamente quanto aos aspectos submetidos à concorrência para que o princípio da concorrência não

¹²⁰ Tal como existe um outro, o regime simplificado do ajuste directo, indicado no artigo 128.º do CCP, procedimento que também está sujeito às regras do artigo 113.º, n.º 2 do mesmo Diploma para efeitos de cumulação de valores dos contratos já celebrados com a mesma entidade e o mesmo objecto.

¹²¹ O anteprojecto de revisão do CCP reúne, no seu artigo 1.º-A, os princípios gerais aplicáveis à contratação pública, acrescidos com outros que estão no ordenamento jurídico administrativo, como os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da proporcionalidade, da imparcialidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade.

seja coartado. Por seu lado, o n.º 1 do artigo 49.º menciona que as especificações técnicas são fixadas por forma a permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência.

Relativamente ao impedimento de apresentação de candidatura ou de proposta, ou ainda de integrar qualquer agrupamento candidato ou concorrente, o artigo 55.º elenca uma diversidade de causas, nomeadamente a alínea f)¹²², onde refere, nomeadamente, que é impedimento para que uma entidade seja concorrente ou candidato num procedimento aquisitivo tenha sido alvo de aplicação de sanções acessórias previstas na alínea e) do n.º 1 do artigo 21.º, do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro¹²³ (que institui o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo) e na alínea b) do n.º 1 do artigo 71.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio¹²⁴ (que aprova o novo regime jurídico da concorrência).

Em fase de análise de propostas, o n.º 2 do artigo 70.º refere que as propostas que revelem motivos, materiais, para a sua exclusão, nomeadamente por não terem apresentado, respectivamente, qualquer um dos atributos submetidos à concorrência ou de

¹²² Tal como a declaração dos anexos I, II e V do CCP.

¹²³ Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (que institui o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo)

Artigo 21 – Sanções acessórias

1- A lei pode, simultaneamente com a coima, determinar as seguintes sanções acessórias, em função da gravidade da infracção e da culpa do agente:

(...)

e) Privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objecto a empreitada ou a concessão de obras públicas, o fornecimento de bens e serviços, a concessão ode serviços públicos e a atribuição de licenças ou alvarás;

(..)

¹²⁴ Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (que aprova o novo regime jurídico da concorrência)

Artigo 71.º - Sanções acessórias

1- Caso a gravidade da infracção e a culpa do infrator o justifiquem, a Autoridade da Concorrência pode determinar a aplicação, em simultâneo com a coima, das seguintes sanções acessórias:

(..)

b) Privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos cujo objecto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços ou ainda em procedimentos destinados à atribuição de licenças ou alvarás, desde que a prática que constitui contraordenação punível com coima se tenha verificado durante ou por causa do procedimento relevante.

(...)

terem apresentado atributos violadores dos parâmetros base fixados no caderno de encargos ou que violem aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência, são excluídas do procedimento aquisitivo.

Já na fase de aceitação da minuta de contrato, o princípio da concorrência é invocável quando o órgão competente entende ser necessário realizar ajustamentos ao contrato assinado, tendo como limite a não violação e alteração dos parâmetros base fixados no caderno de encargos e nas especificações técnicas definidos como não submetidos à concorrência, nos termos do n.º 2 do artigo 99.º do CCP.

Nos concursos públicos e nos concursos limitados por prévia qualificação¹²⁵, o CCP refere, nos n.ºs 4, dos artigos 132.º e 189.º, respectivamente, que o programa de concurso ou o convite, conforme o procedimento adoptado, não pode conter regras específicas sobre o procedimento concursal que possam produzir o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência.

No n.º 3 do artigo 140.º, relativo aos leilões electrónicos, o CCP impede qualquer entidade adjudicante de utilizar este procedimento de forma abusiva ou de modo que impeça, restrinja ou falseie a concorrência.

Também os concursos de concepção, no artigo 226.º, n.º 3, e os sistemas de aquisição dinâmicos, no artigo 239.º, n.º 3, seguem a mesma política quanto à elaboração dos termos de referência.

Quanto aos acordos quadro, também as entidades adjudicantes estão impedidas de os celebrar de forma abusiva ou de modo a impedir, restringir ou falsear a concorrência, nos termos do n.º 2, do artigo 252.º do CCP.

¹²⁵ Os procedimentos de negociação e diálogo concorrencial regem-se pelas disposições que regulam o concurso limitado por prévia qualificação (art.ºs 193.º e 203.º, respetivamente), logo os impedimentos regulamentares de impedir, restringir ou falsear a concorrência também são aplicáveis.

Em fase de execução do contrato, refere o artigo 287.º, bem como o n.º 1, do artigo 313, ambos do CCP, que a sua eficácia e possibilidade de retroactividade da produção de efeitos ou a sua modificação não pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Esta preocupação é extensível à cessão e à subcontratação pelo co-contratante, sendo um dos limites à sua aplicabilidade, nos termos da alínea c), do n.º 1 do artigo 317.º e do n.º 5 do artigo 318.º, ambos do CCP.

Por último, os concorrentes são obrigados a anexar, juntamente com a proposta, com a candidatura ou com os documentos de habilitação, os respetivos anexos I, II ou V, dependendo da fase em que se encontra o processo ou do procedimento adoptado.

8.2.1.A alteração à alínea j) do artigo 55.º do CCP

O Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Junho¹²⁶, que alterou o CCP, acrescentou na alínea j) do artigo 55.º (bem como na alínea j), do n.º 4, do anexo I; na alínea f), do .º 1, do anexo II; e na alínea j), do n.º 2, do anexo V), uma frase manifestando a impossibilidade de ser concorrente, candidato ou integrar qualquer agrupamento num procedimento aquisitivo uma entidade que “tenham prestado, a qualquer título, directa ou indirectamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento, **que lhe confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência**”, e que, caso avance com uma proposta ou candidatura, isolado ou integrado nalgum agrupamento, deverá anexar, como imposição legal, a respectiva declaração de aceitação do caderno de encargos ou de apresentação de candidatura, referindo, sob compromisso de honra, “não prestou, a qualquer título, directa ou indirectamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e

¹²⁶ Fica uma referência a uma deficiente alteração aos anexos I, II e V, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Junho, tendo o legislador efectuado uma acção de operação informática típica de *copy/paste* da alínea f) do artigo 55.º para as alíneas f) do anexo I, c) do anexo II e f) do anexo V, que motivou a emissão pelo INCI – Instituto da Construção e do Imobiliário, hoje IMPIC – Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, de uma circular interpretativa e rectificativa, a circular n.º 01/INCI/2013. Este texto mantém-se ainda em vigor, com previsão de rectificação no anteprojecto de proposta de Lei de alteração do CCP, na sequência da transposição das Directivas Europeias de 2014.

elaboração das peças do procedimento, **que lhe confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência**". Esta alteração veio, assim, alargar o número de potenciais concorrentes aos procedimentos aquisitivos, já que limita esta impossibilidade de participação apenas, a quem, tendo elaborado e definido as peças processuais conjuntamente com uma determinada entidade adjudicante, lhe tenha conferido **vantagem efectiva** para com a concorrência na elaboração da sua proposta.

Ou seja, caso a prestação do apoio na elaboração e na definição dado por uma entidade na elaboração das peças do procedimento, quer esse apoio tenha sido **directo** ou **indirecto** nessa elaboração e definição das referidas peças, e se desse apoio não lhe seja conferido (a essa entidade) comprovadamente qualquer vantagem, não falseando, assim, as condições normais de concorrência, essa entidade pode, assim, apresentar-se como concorrente ou candidato nesse procedimento aquisitivo.

Esta alteração legislativa na alínea j) do artigo 55.º do CCP promovida pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho, teve em atenção, não só o ajustamento dos procedimentos aquisitivos ao disposto nas directivas comunitárias de contratação pública, mas também, como refere RAQUEL SAMPAIO¹²⁷, para que o CCP se ajustasse à jurisprudência comunitária do TJUE, muito embora não esquecendo nem relegando para segundo plano a discricionariedade dada pelo legislador comunitário aos Estados-Membros relativamente a esta questão.

Diferentemente está esta solução da do texto original da alínea j) do artigo 55.º, já que eliminava uma boa parte da possível concorrência num mercado exíguo como o de Portugal, por exemplo, onde, em determinados procedimentos aquisitivos mais específicos e especializados, não era aceite como concorrente quem optasse por apoiar a entidade adjudicante na elaboração das peças procedimentais.

¹²⁷ SAMPAIO, RAQUEL, "Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública", in Estudos de contratação pública, CEDIPRE IV, Coimbra Editores, 2008.

9. A necessidade de acautelar e de proteger o princípio da concorrência nos procedimentos aquisitivos de contratação pública electrónica

Se, num primeiro momento, se definem e garantem as condições para o funcionamento da concorrência e dos mercados através do direito da concorrência (controlo de fusão de empresas, abuso de posição dominante, acordos restritivos da concorrência, etc.), num momento posterior, são definidas regras de participação em procedimentos aquisitivos de contratação pública, garantido, pelo princípio da concorrência, a aplicação pelas entidades adjudicantes das mesmas regras a todos quantos queiram participar, de uma maneira igualitária, imparcial, justa e transparente.

Isto sem descurar, no entanto, neste segundo momento, como se disse atrás, a continuada observação de actos, acordos, práticas ou informações que possam falsear a concorrência.

A alteração da alínea j) do artigo 55.º do CCP veio, assim, também, ao encontro do pretendido na defesa da concorrência e na invocação do princípio da concorrência: (i) mantém o impedimento de participação em procedimentos aquisitivos as entidades que tirem vantagem directa na assessoria a entidades adjudicantes, mas não tendo havido essa vantagem directa (ii) abre o espectro de concorrentes ou candidatos em procedimentos de contratação pública, beneficiando assim, quer a entidade adjudicante, quer o interesse público.

Em procedimentos aquisitivos pré-contratuais abertos ao mercado (concursos públicos e concursos limitados por prévia qualificação) é expectativa da entidade adjudicante a recepção do maior número de propostas ou de candidaturas, de modo a ter uma maior opção de comparação e de escolha, garantindo, para além da satisfação das suas necessidades ao melhor preço e com a melhor qualidade que o mercado oferece, a prossecução do interesse público.

Sempre que uma entidade adjudicante decide lançar um procedimento aquisitivo, publicitando essa decisão, fá-lo com a convicção que haja, do lado da oferta, concorrentes ou candidatos a responder, apresentando propostas ou candidaturas, e que todos os que concorrem ou candidatos querem mesmo contratar com a entidade adjudicante.

Mas até à apresentação da primeira (mesmo sendo única) proposta ou candidatura, a entidade adjudicante ficará na expectativa se a sua intenção de contratar terá alguma recepção e aceitação do lado da oferta.

O que releva para a entidade adjudicante é saber se, com as regras procedimentais indicadas no programa do concurso e com os termos e condições mencionados no caderno de encargos e nas especificações técnicas, o objecto do contrato a celebrar terá algum agente económico interessado e disposto a apresentar as suas condições para contratar e, no final, poder escolher a entidade adjudicatária. Para a entidade adjudicante em nada acrescenta saber que determinado agente económico não está disposto a contratar com ela, formalizando esse não interesse.

É a vontade negocial de quem quer contratar que interessa à entidade adjudicante, manifestando e exteriorizando essa vontade negocial formalmente, com a apresentação de uma proposta. A proposta é, assim, a declaração negocial do concorrente manifestada à entidade adjudicante.

A desnecessária formalização de desinteresse num procedimento aquisitivo à entidade adjudicante por parte de um (não)interessado, procedimento esse a decorrer em plataformas electrónicas de contratação pública, deverá levar a entidade adjudicante a questionar-se qual o propósito de tal formalização e se essa “*cordialidade*” não será um embuste para que o princípio da concorrência, não sendo violado, seja desvirtuado ou distorcido.

Outras “manobras” podem ser utilizadas na apresentação de pseudo-propostas, que tendentes a ocultar o verdadeiro propósito da sua apresentação, acabando por desvirtuar e

distorcer o princípio da concorrência em procedimentos aquisitivos que tramitem em plataformas electrónicas de contratação pública, tais como a apresentação de uma proposta cujo preço seja superior ao do preço base ou de a submissão de uma proposta para além do termo fixado para a sua apresentação.

10. A declaração expressa para negociar

Nos termos da Lei Civil, num negócio jurídico existe liberdade de forma da declaração negocial¹²⁸. No entanto, caso a Lei imponha que essa declaração negocial deva ser reduzida a escrito, a não apresentação de uma declaração expressa¹²⁹ torna essa declaração nula¹³⁰.

No caso dos procedimentos de contratação pública, a manifestação da vontade de negociar depende de declaração expressa e por escrito.

A uma declaração de vontade de negociar manifestada por uma entidade adjudicante, o retorno será uma declaração expressa e por escrito da vontade de negociar da contraparte, tornando-se a mesma eficaz¹³¹.

Por isso, o CCP impõe, sob pena de exclusão da proposta submetida por um concorrente, que a mesma seja constituída por todos os documentos indicados no programa do procedimento ou no convite, nomeadamente a inclusão da declaração de aceitação do conteúdo caderno de encargos (ou do convite) em conformidade com os modelos dos anexos I ou V do CCP¹³².

Não recebendo a entidade adjudicante qualquer proposta num determinado procedimento aquisitivo, equivale a uma declaração tácita de que, do outro lado, do lado dos agentes económicos, quem quer que eles sejam, não existe qualquer vontade de negociar. Desnecessário é que todos esses operadores desse mercado específico

¹²⁸ Artigo 219.º do Código Civil (CC).

¹²⁹ Artigo 217.º do CC.

¹³⁰ Artigo 220.º do CC.

¹³¹ Nos termos da segunda parte do n.º 1 do artigo 224.º do CC.

¹³² Dependendo do tipo de procedimento adoptado, nos termos do artigo 16.º do CCP.

comuniquem à entidade adjudicante que iniciou um procedimento aquisitivo pré-contratual que não estão interessados em contratar com essa entidade adjudicante.

Em procedimentos aquisitivos pré-contratuais de contratação pública, o silêncio não tem validade negocial.

11. O conceito e o estatuto de interessado

Antes que uma entidade seja considerada concorrente num procedimento aquisitivo pré-contratual, deverá assumir primeiro o “estatuto” de “interessado”, “estatuto” este que, em procedimentos aquisitivos por concurso público, com obrigatoriedade de tramitação em plataformas eletrónicas de compras públicas¹³³, permite a quem demonstre interesse em determinado procedimento aquisitivo, obter as peças procedimentais directamente da plataforma electrónica¹³⁴, bem com requerer e receber esclarecimentos aos mesmos documentos e apresentar uma proposta.

Define a LPE, na alínea c), do seu artigo 2.º, o conceito de “interessados”, sendo “todos os que manifestam interesse nos procedimentos através da inscrição nos mesmos”.

Para este Diploma existe ainda uma divisão do conceito de “interessado” em dois tipos de “interessado”, ou um tipo de “interessado” em sentido amplo e um outro em sentido restrito: o primeiro tipo de “interessado”, os que acedem livremente às peças do procedimento (artigo 62.º, n.º 1); e o segundo tipo de “interessado”, os que querem aceder à restante documentação (artigo 62.º, n.º 2), que são os interessados registados e que participam no procedimento aquisitivo.

¹³³ Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro.

¹³⁴ Para além de se poder consultar em formato de papel nos serviços da entidade adjudicante (artigo 133.º, n.º 1 do CCP), as peças dos procedimentos são muitas vezes, e por várias entidades adjudicantes, disponibilizadas, gratuitamente, nas páginas web dessas entidades, de onde se pode proceder ao seu descarregamento para consulta, sendo, nestes casos, desnecessário o registo nas plataformas electrónicas apenas para a sua consulta.

MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA¹³⁵ descrevem a este segundo tipo de acesso, ou de acesso em sentido restrito, como acesso com direitos procedimentais preparatórios ou instrumentais, e em que são considerados “interessados de *iure*”, já que, para estes, passa a existir uma posição de tutela jurídica procedimental¹³⁶.

Pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, e a republicação do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), esta tutela estendeu-se a “qualquer pessoa”, como mais à frente se verá.

No entanto, para estes AUTORES, a diferenciação de denominação entre utilizadores estritos e utilizadores amplos vai no sentido interpretativo da Portaria 701-G/2008, em que os primeiros referem-se aos utilizadores da plataforma electrónica da entidade adjudicante (ou seja, aos seus órgãos decisores e ao júri do procedimento), enquanto os segundos abrange as entidades que pretendem candidatar-se ou concorrer num procedimento aquisitivo pré-contratual¹³⁷.

JORGE ANDRADE DA SILVA¹³⁸ completa esta noção de “interessado” como sendo “qualquer entidade, pessoa singular ou colectiva, que, mediante intervenção no procedimento de adjudicação de contrato público, manifeste interesse em nele participar, quer através de registo informático, quer pela prática de acto preparatório, quer pela efectiva apresentação de candidatura ou de proposta”.

Tanto quanto dá a entender, esta definição de interessado adiantada por este AUTOR excede a sua definição básica e originária dada pelo ordenamento jurídico ao conceito de

¹³⁵ OLIVEIRA, MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE, “Concursos e outros procedimentos de contratação pública”, Edições Almedina, 2011, pp.808.

¹³⁶ OLIVEIRA, MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE, “Concursos e outros procedimentos de contratação pública”, Edições Almedina, 2011, pp.469.

¹³⁷ OLIVEIRA, MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE, “Concursos e outros procedimentos de contratação pública”, Edições Almedina, 2011, pp.675. Para estes autores, os n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º da Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho, referem-se aos utilizadores em sentido estrito, e os n.ºs 1, 2, 4 e 5 da mesma Portaria, referem-se aos utilizadores em sentido amplo. A LPE agora, no artigo 60.º, já não se refere ao “utilizador dos serviços disponibilizados (...)”, enquanto representante da entidade adjudicante (...)”, como no n.º 2, do artigo 6.º da Portaria acima mencionada, mas apenas ao “ (...) representante da entidade adjudicante (...)”.

¹³⁸ SILVA, JORGE ANDRADE DA, “Dicionário dos contratos públicos”, Edições Almedina, 2010, pp.254.

“interessado”, misturando assim os conceitos de “interessado”, de “candidato” e de “concorrente”.

É efectivamente interessado “qualquer entidade, pessoa singular ou colectiva, que, mediante intervenção no procedimento de adjudicação de contrato público, manifeste interesse em nele participar, quer através de registo informático, quer pela prática de acto preparatório”, mas o AUTOR, ao referir, de seguida, que ainda continua a ser interessado quem manifeste interesse em participar no procedimento de adjudicação de contrato público quando decide “pela efectiva apresentação de candidatura ou de proposta”, extravasa assim o conceito de “interessado”.

Se uma entidade apresenta uma candidatura ou uma proposta a um determinado procedimento aquisitivo pré-contratual, deixa obviamente de ser considerado “interessado” para passar ser considerado “candidato” ou “concorrente”, conforme define, respetivamente, os artigos, 52.º e 53.º do CCP¹³⁹.

No entanto, é de extrema importância para o desenvolvimento do presente trabalho este trabalho a sua referência à “efectiva apresentação de candidatura ou de proposta”, pelo que esta frase será reaproveitada mais à frente.

O CCP não define o conceito de “interessado”, se bem que este conceito de “interessado” num procedimento aquisitivo surja em vários artigos do Diploma *supra* mencionado, onde se refere, por exemplo, que se deve proceder a um registo de todos os interessados que, num procedimento de concurso público, solicitam o programa de concurso e o caderno de encargos¹⁴⁰.

¹³⁹ Se bem que no CCP exista artigos em que, mesmo quem tenha apresentado uma proposta ou uma candidatura, se mencione e se mantenha, para esses concorrentes e/ou candidatos, talvez sem a devida precisão da sua definição, o estatuto de “interessado”, divergindo da definição dos conceitos enunciados nos artigos 52.º e 53.º do CCP e na alínea c), do artigo 2.º da LPE. É o que se verifica no artigo 12.º, n.ºs 4 e 7, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprova o CCP; e nos artigos seguintes do CCP: 96, n.º 2, a); 137.º, n.º 1; 138.º, n.º 3; 176.º, n.º 1.º; e 177.º, n.º 3.

¹⁴⁰ Artigo 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprova o CCP.

Na vigência do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho (revogado com a entrada em vigor do CCP), os interessados, como sujeitos de direitos tutelados no procedimento, podiam assistir ao acto público sendo-lhes vedada qualquer participação, se bem que as deliberações do júri lhes fossem notificadas no próprio acto.

Por este Decreto-Lei, deveriam as entidades adjudicantes serem zelosas na aplicabilidade dos princípios da transparência, da publicidade, da igualdade, da concorrência e da imparcialidade¹⁴¹, nos contactos com os interessados.

Com a entrada em vigor do CCP e, mais recentemente com a publicação da LPE, no entanto, os pedidos de esclarecimento, nos termos do artigo 50.º do CCP, bem como o acesso a apresentação de lista de erros e omissões, nos termos do artigo 61.º do CCP, são acções disponíveis apenas e só a quem tem o estatuto de “interessado” em sentido restrito. Assim o diferencia também os n.ºs 1 e 2, do artigo 62.º da LPE. Mas, mesmo estes, no entanto, mantendo-se apenas como interessados até final do procedimento aquisitivo, a partir do início da fase de apresentação de proposta deixam de ter a possibilidade de aceder ao procedimento aquisitivo, onde quem só acede (ou só devia aceder) quem for “concorrente”, portanto quem apresentar efectivamente uma proposta, como escreve JORGE ANDRADE DA SILVA, atrás referenciado.

Como se tentará explicitar mais à frente, não serão só os concorrentes que apresentam uma proposta, concreta, que têm acesso à tramitação de um procedimento aquisitivo.

A LPE, pelo seu artigo 62.º, diferencia o acesso à disponibilização de documentos, consoante o estatuto diferenciado de “interessado” atrás mencionado.

Assim, pelo n.º 1 do artigo supracitado, as peças do procedimento são de livre e de total acesso a todos os interessados (em sentido amplo). Bastaria para tal aceder à página da Internet da plataforma electrónica utilizada. Não existe uma obrigatoriedade legal de se proceder a qualquer tipo de registo ou de inscrição nas plataformas electrónicas para se

¹⁴¹ Artigos 8.º a 11.º do Decreto-Lei 197/99, de 8 de junho.

poder aceder a tais documentos. E, adoptando políticas de transparência e de acessibilidade aos documentos das entidades públicas¹⁴², várias entidades adjudicantes disponibilizam gratuitamente as peças procedimentais dos processos aquisitivos a lançar através das suas páginas da Internet¹⁴³.

Por outro lado, e mesmo sendo uma obrigatoriedade legal imposta pelo CCP, esses mesmos documentos são também de acesso físico gratuito para consulta dos interessados, nos serviços dessas entidades adjudicantes¹⁴⁴. Mas com o acesso a essa informação facilitado pelas TIC, raramente alguém se dispõe, hoje em dia, deslocar-se às instalações das entidades adjudicantes e consultar as peças do procedimento, com gastos de tempo, dinheiro e eficiência.

O artigo 33.º da LPE também se refere aos documentos a disponibilizar gratuitamente e sem limitações a todos os que os pretendam consultar, entre outras informações de carácter geral¹⁴⁵. Este Diploma refere-se aos interessados em sentido amplo como “potenciais interessados”.

Com a inscrição no procedimento como interessado, pelo n.º 2 do citado artigo 62.º, é filtrado esse acesso ao procedimento e à informação inerente a quem se regista como interessado (em sentido restrito) no procedimento pré-contratual. Registrando-se, fica reservado a estes interessados (em sentido restrito) o acesso a todos os outros documentos do procedimento pré-contratual, como sejam os esclarecimentos e rectificações às peças do procedimento¹⁴⁶, as prorrogações dos prazos, as listas de erros e omissões identificados por

¹⁴² Na prossecução das políticas de direito de acesso aos procedimentos e documentos administrativos, nos termos dos artigos 4.º e 5.º da lei n.º 47/2007, de 24 de Agosto, Lei de Acesso aos Documentos da Administração - LADA.

¹⁴³ Nesse sentido, também o Artigo 53.º da Directiva 2014 indica a acessibilidade gratuita aos documentos do concurso, juntamente com o respectivo anúncio de concurso. A Directiva não indica, nem obriga, a utilização de plataformas electrónicas de contratação pública, pelo que a disponibilidade por via electrónica aos referidos documentos do concurso, com acessibilidade livre, directa, completa e gratuita, é comumente efectuada através das páginas da Internet das entidades adjudicantes.

¹⁴⁴ Artigo 133.º, n.º 1 do CCP.

¹⁴⁵ Refere, por exemplo, ao modo e requisitos de encriptação de dados, às assinaturas electrónicas e aos selos temporais exigidos e aos requisitos dos ficheiros a obedecer.

¹⁴⁶ Artigo 50.º do CCP.

estes interessados e as aceites pela entidade adjudicante¹⁴⁷, à lista dos concorrentes e/ou dos candidatos ao procedimento aquisitivo¹⁴⁸ e a todas as notificações e comunicações geradas nesta fase até à data final para apresentação de propostas.

A partir daqui, e com o início da fase de apresentação de proposta, a documentação gerada e todos os actos praticados no procedimento passará a ser reservada e disponibilizada apenas a quem apresente uma proposta e se constitui, com esse acto, como concorrente.

De referir que a divulgação da identificação dos interessados inscritos num procedimento aquisitivo por parte da plataforma electrónica por onde decorre o mesmo é reservada à entidade adjudicante¹⁴⁹, mantendo-se essa identidade inacessível aos outros inscritos. Esta inacessibilidade cessa quando algum dos interessados interpela o júri do procedimento aquisitivo, quer através de um pedido de esclarecimento (e respectiva resposta por parte do júri do procedimento), quer na apresentação de uma lista de erros e omissões. A identidade desse interessado inscrito fica assim à disponibilidade dos outros interessados inscritos, mantendo-se estes “outros interessados” incógnitos para com todos os outros¹⁵⁰ que submeteram pedidos de esclarecimento e listas de erros e omissões.

¹⁴⁷ Artigo 61.º do CCP.

¹⁴⁸ O n.º 7 do artigo 62.º da LPE indica que a lista de concorrentes/candidatos a um procedimento aquisitivo deve ser publicitada junto a todos os interessados, não especificando concretamente a que tipo de interessado é que esta lista deverá ser dado o acesso, se apenas aos interessados que se registaram no procedimento aquisitivo, se realmente a **todos** os interessados, ou seja, aos interessados em sentido restrito e aos interessados em sentido amplo, como o faz no n.º 2 do mesmo artigo, *in fine*, onde se refere aos “interessados registados”. Sendo esta publicitação disponibilizada a mesmo **todos** os interessados, esta lista deverá também constar dos documentos de acesso livre, e de forma completa e gratuita, tal como as peças do procedimento, nos termos do n.º 1, do artigo 62.º da LPE.

¹⁴⁹ O n.º 4, do artigo 11.º da revogada Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho, menciona, que “a plataforma disponibiliza à entidade adjudicante as listas ordenadas actualizadas dos interessados e dos concorrentes”. Já a LPE, nada refere a qualquer lista de interessados a disponibilizar à entidade adjudicante. No entanto, esta é efectivamente elaborada e disponibilizada à entidade adjudicante. Diferentemente, é a disponibilização da lista de concorrentes/candidatos, conforme referido na nota de rodapé anterior.

¹⁵⁰ A incognoscibilidade de um interessado inscrito num procedimento aquisitivo a decorrer em plataforma electrónica é conservada perante os outros inscritos.

Quanto ao acto público de abertura de propostas, tendo sido este extinto pelo CCP¹⁵¹, à recepção e descriptação das propostas nem os interessados inscritos, nem os próprios concorrentes assistem a este “acto” tecnológico, e em que, por vezes, nem os próprios elementos do júri estão numa mesma sala para proceder ao *download* das propostas submetidas a concurso nas plataformas eletrónicas.

A intervenção dos interessados no procedimento aquisitivo passará, depois, a ser possível nos termos do CPA e do Código do Procedimento dos Tribunais Administrativos¹⁵² (CPTA).

Efectivamente, pelo n.º 1 do artigo 184.º do CPA, os interessados têm o direito de impugnar actos administrativos perante a Administração Pública e de reagir contra a omissão ilegal de actos administrativos, nos termos dos artigos 68.º e 186.º do mesmo Código.

O CPTA, por sua vez, refere nas alíneas c) e f), do n.º 1 do artigo 77-A, que, em fase de execução do contrato, que os pedidos de validade, total ou parcial, de contratos podem ser efecutados por quem:

- tenha sido prejudicado, por a entidade adjudicante não ter adoptado o procedimento aquisitivo legalmente correcto, nos termos do CCP;
- tendo participado num procedimento aquisitivo, alegue que o clausulado do contrato não tem correspondência com os termos da adjudicação;
- não tendo justificadamente participado num procedimento aquisitivo, embora preenchesse os requisitos para tal, alegue que o clausulado do contrato não corresponde aos termos inicialmente estabelecidos nas peças do procedimento.

¹⁵¹ Nos moldes definidos pela Lei 197/99, de 8 de Junho, e no artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, Diploma Preambular que aprova o CCP, em que o acto do júri de um procedimento aquisitivo por concurso público de abrir as propostas apresentadas a concurso era efectuado numa sala, em que poderiam estar presentes, para além do júri, os concorrentes e os interessados nesse procedimento. Decorrendo o concurso público em plataformas electrónicas, este artigo 12.º deixa de fazer sentido.

¹⁵² Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.

Ora, pelo CPTA, qualquer pessoa “[i]ndependentemente de ter interesse pessoal (...)” (artigo 9.º, n.º 2 do CPTA) tem legitimidade para propor e intervir em processos que “[v]isem produzir efeitos jurídicos externos (artigo 51.º, n.º 1 do CPTA), até ao “[a]cto final, com fundamento em ilegalidades cometidas durante o procedimento” (artigo 51.º, n.º 3 do CPTA).

11.1. A desconformidade legal do n.º 2 do artigo 62.º, da LPE perante o CCP

Afloram, no entanto, dúvidas quanto à restrição de acesso, por parte dos interessados de primeiro tipo, denominados neste trabalho como “interessados em sentido amplo”¹⁵³, aos pedidos e respostas a esclarecimentos, bem como os erros e omissões, quer apresentados pelos interessados, quer os retificados pela entidade adjudicante, referenciado no n.º 2 do artigo 62.º da LPE.

11.1.1. Quanto aos esclarecimentos e rectificações às peças do procedimento

Diz este número 2 do artigo 62.º, que só os interessados registados (em sentido restrito) têm acesso quer aos pedidos de esclarecimento às peças do procedimento, quer às respostas a esses esclarecimentos formuladas pelo júri do procedimento.

Sendo que, decorrendo obrigatoriamente o procedimento aquisitivo em plataforma electrónica¹⁵⁴, deverão estes interessados estar registados no respectivo procedimento para que tenham assim direito a requerer ao júri do procedimento aquisitivo os esclarecimentos pretendidos para o bom entendimento das peças processuais.

¹⁵³ Ou como lhe chama a LPE, os “potenciais interessados”, ou seja, todos quantos queiram e possam aceder às páginas da Internet das plataformas electrónicas de compras públicas por onde decorre os procedimentos aquisitivos.

¹⁵⁴ O artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, veio alterar o artigo 9.º do Diploma Preambular que aprova o CCP, o Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e determina que a partir de 1 de Novembro de 2009 deixaria de ser possível a apresentação de propostas e candidaturas em formato de papel, passando os procedimentos aquisitivos que impliquem a publicação de um anúncio no Diário da República Electrónico (excepciona assim os procedimentos aquisitivos por ajuste directo) a serem tramitados obrigatoriamente por plataforma electrónica, nos termos do artigo 3.º do referido Diploma Preambular.

Revisitando o CCP, no entanto, refere o n.º 1, do artigo 50.º que os pedidos de esclarecimento às peças do procedimento são solicitados pelos interessados. A resposta aos pedidos de esclarecimentos solicitados pelo júri do procedimento, bem como a rectificação de erros e omissões das peças do procedimento, pelo órgão competente para a decisão de contratar, mencionados nos números 2 e 3 do mesmo artigo 50.º, deverão, nos termos do n.º 4 deste mesmo artigo 50.º, ser disponibilizados na plataforma electrónica e junto às peças do procedimento onde as mesmas se encontram para consulta.

Diz ainda o n.º 5 do artigo 50.º do CCP que os esclarecimentos e as rectificações indicados anteriormente fazem parte integrante das peças do procedimento, prevalecendo sobre estas em caso de divergência.

Ora, se, por um lado, como indica o n.º 5 do artigo 50.º, estes esclarecimentos e rectificações fazem parte integrante das peças do procedimento, e se, por outro lado, o CCP impõe que as peças do procedimento devem ser disponibilizadas nos serviços da entidade adjudicante e que as peças do procedimento são divulgadas no sítio da Internet das entidades adjudicantes¹⁵⁵, é óbvio que esta informação deve ser disponibilizada a todos os potenciais interessados e não só aos interessados em sentido restrito, os registados no procedimento aquisitivo nas plataformas electrónicas.

Até porque da resposta a esses esclarecimentos às peças do procedimento, bem como da observação às rectificações efectuadas pela entidade adjudicante às mesmas peças do procedimento, um outro interessado (em sentido amplo) mostre outra motivação e outra vontade de participar no procedimento aquisitivo e fazer inscrever-se como interessado e, talvez, apresentar uma proposta, ou, pelo contrário, regredir nessa pretensão.

¹⁵⁵ Pelo n.º 2, do artigo 130.º do CCP, a alusão que se faz à divulgação do anúncio por “outro meio considerado conveniente” pela entidade adjudicante, para além da sua divulgação pela plataforma electrónica utilizada, seja a divulgação do anúncio e das peças do procedimento através da sua página de Internet.

11.1.2. Quanto aos erros e omissões do caderno de encargos

Antes de se avançar, convém referir que em lado algum do CCP se menciona que a lista de erros e omissões do caderno de encargos, plasmado no artigo 61.º do CCP, quando expressamente aceite pelo órgão competente para a decisão de contratar, passará a fazer parte do caderno de encargos¹⁵⁶.

No entanto, entende-se que a lista de erros e omissões, quando aceite, fará mesmo parte integrante das peças do procedimento, integrado ou anexado ao caderno de encargos, pelas razões seguintes.

Em caso de omissão, a lista apresentada complementa as peças iniciais do procedimento nas matérias identificadas e que deveriam ter sido previstas pela entidade adjudicante na elaboração das mesmas. Já em caso de erro, a lista deverá imperativamente prevalecer sobre as peças do procedimento, pois corrige as mesmas.

Acresce ao que foi dito que, no capítulo reservado à celebração do contrato, a alínea a), do n.º 2 do artigo 96.º do CCP, expressamente menciona que faz parte integrante do contrato, independentemente da sua redução a escrito “os suprimento dos erros e omissões identificados pelos concorrentes” (seria, talvez, mais apropriado falar-se de “interessados”¹⁵⁷).

E como pelo n.º 1 do artigo 42.º do CCP a elaboração do contrato tem por base as cláusulas do caderno de encargos, logo os erros e as omissões detectadas em fase própria têm de fazer, obrigatoriamente, parte integrante das peças do procedimento.

¹⁵⁶ O que acontece com os esclarecimentos prestados pelo júri e a rectificação dos erros e omissões detectados pela entidade adjudicante, nos termos do n.º 5, do artigo 50.º do CCP.

¹⁵⁷ De facto, num procedimento aquisitivo, a apresentação de listas de erros e omissões ocorre até ao termo do quinto sexo do prazo para apresentação de propostas, nos termos do n.º 2 do artigo 61.º do CCP. Assim, são ainda os “interessados em sentido restrito” que apresentam as listas de erros e omissões e não os concorrentes, já que, não tendo havido a apresentação de propostas, não assumem ainda este estatuto. E, hipoteticamente, pode acontecer que um interessado que apresente uma lista de erros e omissões acabe por não submeter uma proposta a concurso.

Por tudo o que se disse atrás, não se compreende também que o n.º 2, do artigo 62.º da LPE, refira que os erros e omissões aceites pela entidade adjudicante sejam apenas e só disponibilizados e reservados aos interessados inscritos no procedimento a decorrer em plataforma electrónica, ou seja, aos interessados em sentido restrito.

Até porque da aceitação de uma lista de erros e omissões detectados por um interessado (em sentido restrito), e aceites pela entidade adjudicante, poderá fazer com que um interessado (em sentido amplo) mostre motivação e vontade de participar, com esses novos argumentos, no procedimento aquisitivo e fazer inscrever-se como interessado e, talvez, apresentar uma proposta, ou, pelo contrário, regredir nessa pretensão, como sucede com o instituto dos pedidos de esclarecimentos e respostas aos mesmos sobre as peças procedimentais.

11.1.3. O entendimento prático do artigo 62.º, n.º 1 da LPE

Verifica-se, no entanto, um entendimento diverso por parte de todos os operadores licenciados a operar em plataformas electrónicas de compras públicas e, mediamente, do IMPIC, quanto ao acesso às peças do procedimento nas mesmas.

Revisitando a Directiva de 2014, o n.º 1 do artigo 53.º indica que “as autoridades adjudicantes oferecem, por via eletrónica, acesso livre, direto e completo aos documentos do concurso, a título gratuito, a partir da data de publicação do anúncio” e que devem também indicar o “endereço na Internet em que os documentos de concurso se encontram disponíveis”.

Por sua vez, o artigo 33.º da LPE, nas suas duas primeiras alíneas, indica que as plataformas electrónicas devem disponibilizar aos potenciais interessados o livre acesso aos anúncios e às peças do procedimento.

Depois, o n.º 1, do artigo 62.º da LPE também refere que as plataformas electrónicas devem disponibilizar as peças do procedimento em área de acesso livre e de modo gratuito e completas.

Se os concursos públicos são obrigatoriamente tramitados em plataformas electrónicas, será nestas ferramentas informáticas que as peças do procedimento deverão ser disponibilizadas completa e gratuitamente, e de acesso livre, até porque essa indicação é inserida no anúncio do DRE, sendo indicado o sítio da Internet onde as peças do procedimento podem ser gratuitamente consultadas.

Ora, na tentativa de aceder às peças dos procedimentos dos procedimentos aquisitivos a decorrer em todas as plataformas electrónicas licenciadas, através da página de Internet de cada uma delas e sem qualquer tipo de registo, o único documento que, de facto, é de acesso fácil, livre, completo e gratuito é o anúncio dos procedimentos aquisitivos publicados no DRE, neste caso dos concursos públicos.

À excepção de uma plataforma electrónica¹⁵⁸ licenciada, para que qualquer interessado (em sentido amplo) tenha acesso às peças dos procedimentos (o programa de procedimento e o caderno de encargos), o mesmo tem de se registar na plataforma electrónica por onde tramitará o procedimento aquisitivo. Muito embora não sejam exigidos custos desse registo, sempre se diga que o acesso às peças dos procedimentos deixará de ser livre e gratuito.

Não será livre, porque será obrigatório o registo nas plataformas electrónicas para acesso às peças dos procedimentos, e não será gratuito, porque mesmo que existam custos, que embora suportados pelas plataformas electrónicas, esse registo implica uma transferência de dados desses interessados para as entidades gestoras das plataformas electrónica, dados esses usados, por exemplo, para práticas comerciais de aliciamento à aquisição de serviços a essas entidades gestoras.

E só neste entendimento é que se perceber a diferença que a LPE faz entre *potenciais interessados* (ou interessados em sentido amplo) e *interessados* (interessados em sentido restrito).

¹⁵⁸ Essa excepção foi a plataforma electrónica Vortal, mas que, no entanto, o acesso livre, gratuito e completo esbarra na difícil tarefa de descobrir onde as peças procedimentais podem ser consultadas livremente, de uma forma completa e gratuitamente, sem estar associada a essa consulta qualquer tipo de registo nesta plataforma electrónica.

Por conseguinte, esta desconformidade técnica ilegal deveria ser colmatada pelo IMPIC, obrigando que as plataformas electrónicas disponibilizem, efectivamente, as peças do procedimento em zona de acesso livre, e de forma gratuita e completa, nas *frontpages* das páginas da Internet das mesmas, tal como o fazem com os anúncios de publicação dos procedimentos no DRE.

Só assim faz sentido, parece, que no n.º 2 do artigo 62 da LPE se refira que é reservado aos interessados registados e participantes nos procedimentos o acesso às fases do procedimento aquisitivo pré-contratual e a todas as notificações e comunicações efectuadas na pendência do respectivo procedimento.

12. O conceito e o estatuto de concorrente

O conceito de concorrente dado pelo artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, aglutinava os conceitos de concorrente e candidato¹⁵⁹.

Diferentemente, no CCP define-se separadamente o conceito de “concorrente” do de “candidato”.

Nos termos do artigo 52.º do CCP, é candidato quem apresenta uma candidatura a um concurso limitado por prévia qualificação, de um procedimento de negociação ou de um diálogo concorrencial. Por sua vez, nos termos do artigo 53.º, é concorrente quem apresente uma proposta a um procedimento de ajuste directo ou a um concurso público. A LPE não define estes conceitos¹⁶⁰.

Restringindo esta análise, como atrás referido, ao procedimento aquisitivo por concurso público, é ainda antes do acto de recepção e descriptação das propostas por parte do júri que é elaborada a lista de concorrentes que apresentaram uma proposta com todos os

¹⁵⁹ Artigo 30, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho: “É concorrente a entidade que apresenta, nos termos fixados no presente diploma, proposta ou candidatura para locação ou fornecimento de bens ou de serviços”.

¹⁶⁰ Ao contrário da agora revogada Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho, em que apresentava, na alínea b), do n.º 2 do artigo 11.º, uma definição minimalista do conceito de “concorrente”, na esteira da definição dada pelo CCP, no seu artigo 53.º.

documentos requeridos (ou não), nos termos do n.º 1, do artigo 138.º do CCP e do n.º 3, do artigo 72.º da LPE.

A inclusão dos concorrentes do concurso na referida lista é efectuada automaticamente¹⁶¹ pela plataforma eletrónica utilizada, por ordem de submissão das propostas pela data e hora dessa submissão, e publicada depois no dia útil¹⁶² imediato ao termo do prazo fixado para a apresentação das mesmas.

A partir daqui, tem o concorrente acesso a todos os actos decorrentes da actividade do júri do concurso público e a faculdade de impugnar (por via administrativa¹⁶³ ou por via judicial¹⁶⁴), por exemplo, a decisão de adjudicação efectuada pelo órgão competente para essa decisão.

Do acto do júri do concurso de publicação de todas as propostas submetidas a concurso, têm todos os concorrentes incluídos na lista de concorrentes o acesso a todas elas¹⁶⁵ e a possibilidade da sua comparação, análise e avaliação próprias, podendo mesmo, em fase de audiência prévia, apresentar comentários quer às outras propostas submetidas, quer ao relatório preliminar disponibilizado pelo júri do concurso, apresentando, no prazo estipulado, pronúncia ao relatório preliminar¹⁶⁶.

E este direito à pronúncia pode, por vezes, reverter a proposta de adjudicação do júri do concurso ao órgão com poder de decisão para contratar, já que, apresentando argumentos fundamentados, quer sobre o relatório preliminar do júri, quer sobre o conteúdo (formal e material) da sua e das outras propostas, o júri poderá ser obrigado a rever todas as

¹⁶¹ Artigos 72.º, 75.º e 76.º da LPE.

¹⁶² Quer o CCP, quer a LPE, não referem “dia útil imediato”, mas apenas “dia imediato”. Isto porque, nos termos do n.º 3, do artigo 470.º do CCP, são contínuos os prazos para apresentação de proposta. Após serem apresentadas, os prazos indicados passam a referenciar-se em dias úteis.

¹⁶³ Artigo 267.º e ss do CCP.

¹⁶⁴ Artigo 100.º e ss do CPTA.

¹⁶⁵ Nos termos do artigo 147.º e n.º 2 do artigo 123.º, ambos do CCP, e n.º 3 do artigo 62.º e n.º 1 do artigo 73.º, ambos da LPE.

¹⁶⁶ Nos termos dos artigos 122.º, 123.º e 147.º do CCP.

propostas apresentadas, bem como a sua proposta de decisão de adjudicação e a ter que apresentar um novo relatório preliminar, com novo prazo para audiência prévia¹⁶⁷.

13. O conceito de proposta

A definição de proposta é-nos dada pelo n.º 1 do artigo 56.º do CCP, no qual nos indica que será considerada como tal “a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo”. O n.º 2 do mesmo artigo define o que é “atributo da proposta”, sendo, na terminologia do CCP, “qualquer elemento ou característica da mesma (da proposta) que diga respeito a um aspecto de execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos”.

O conceito de proposta é de amplitude extensiva, já que esse conceito engloba mais do que um documento. Assim, o n.º 1, do artigo 57.º do CCP, indica quais os elementos que deverão fazer parte desse conceito lato de proposta, a saber: a) a declaração de aceitação do caderno de encargos, elaborada em conformidade com o modelo do anexo I do CCP; b) os documentos que contenham os atributos da proposta submetidos à concorrência; c) os documentos exigidos pelo programa de procedimento, relativos a aspectos de execução do contrato não submetidos à concorrência; d) documentos justificativos de apresentação de um preço anormalmente baixo¹⁶⁸.

Para além destes documentos enformadores da proposta a apresentar, é de incluir ainda o formulário principal disponibilizado pela plataforma electrónica¹⁶⁹.

É neste formulário que o concorrente descreverá sucintamente os parâmetros da sua proposta, tais como o preço, as condições de pagamento, o prazo de execução, os documentos e os elementos que a acompanham, entre outros.

¹⁶⁷ Nos termos dos artigos 124.º e 148.º do CCP.

¹⁶⁸ Artigo 71.º do CCP.

¹⁶⁹ Alínea b), do n.º 1 do artigo 66.º da LPE.

É prática da maioria dos concorrentes que, depois, todos os requisitos e condições da proposta e os aspectos de execução do contrato (submetidos e não submetidos à concorrência, bem como informação de carácter geral) serem englobados num único documento (“proposta” *strictu sensu*), fazendo parte da proposta *lato sensu*.

Situações concretas existem em que as propostas submetidas pelos concorrentes se cingem, apenas, à submissão deste formulário principal e da declaração do anexo I ao CCP, por exemplo num procedimento aquisitivo em que o preço é o único critério submetido à concorrência, sem quaisquer outros termos ou condições vinculativos requeridos pela entidade adjudicante.

Quanto ao acesso às propostas submetidas, estas são apenas disponibilizadas ao júri após a data e hora estipulada previamente pela entidade adjudicante e indicado na plataforma electrónica utilizada, acontecendo no dia útil imediato ao termo do prazo para apresentação de propostas¹⁷⁰. Depois da sua descriptação, as mesmas serão disponibilizadas pelo júri na plataforma electrónica a todos os concorrentes, e só a estes¹⁷¹.

13.1. A desconformidade legal do n.º 1, do artigo 68.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto, perante o CCP

A alínea g) do artigo 2.º da LPE define “submissão de proposta” como o acto da entrega da proposta pelo concorrente, após o seu carregamento na plataforma electrónica.

Na vigência da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho, nos termos do n.º 1 do seu artigo 18.º, a submissão de propostas num concurso público a decorrer através de plataforma electrónica era legalmente possível até à hora de abertura das mesmas pelo júri. A partir dessa data, obviamente, e porque o júri passaria a ter acesso às propostas já submetidas, deixaria de ser possível a submissão de propostas para o procedimento respetivo.

¹⁷⁰ Artigo 138.º, n.º 1 do CCP e artigos 53.º, n.º 1 e 74.º, n.ºs 1 e 4, ambos da LPE.

¹⁷¹ Artigo 62.º, n.º 3 da LPE.

Diferentemente, na LPE o n.º 1 do artigo 68.º deste Diploma estipula que as plataformas electrónicas devem permitir o carregamento (progressivo) das propostas até à data e hora prevista para a sua submissão. Esta data e hora é previamente definida pela entidade adjudicante e indicada no programa do procedimento¹⁷², bem como são indicadas no anúncio do concurso no DRE, sendo replicadas, depois, na plataforma pública utilizada.

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 65.º da LPE refere que a determinação exacta da data e hora para que uma proposta seja considerada para o procedimento e para a elaboração da lista de concorrentes é o momento da sua total submissão de todos os documentos que a integra.

O artigo 70.º, n.º 1 da LPE, por sua vez, menciona que uma proposta é considerada apresentada, para os efeitos do CCP, quando se finaliza o processo de submissão de todos os documentos da proposta, indicado no n.º 2 do artigo 65.º da LPE.

Ou seja, tendo como base o n.º 1, do artigo 18.º da Portaria 701-G agora revogada, e relendo o n.º 1 do artigo 68.º da LPE, ao referir-se que as plataformas electrónicas “devem permitir o carregamento (...) até à data e hora prevista para a submissão” das propostas, parece subentender-se que, para além da data e hora limite definida pela entidade adjudicante para apresentação de propostas, não é já possível o carregamento e a submissão de propostas para além dessa data e hora.

Com base nisto, qualquer tentativa de submissão de uma proposta que vá para além da data limite da sua submissão definida pela entidade adjudicante, deveria ser frustrada pelas plataformas electrónicas.

Reforça este possível entendimento o facto de o n.º 5 do artigo 70.º da LPE referenciar que só são disponibilizadas ao júri do procedimento as propostas que tenham sido submetidas até à data e hora fixadas pela entidade adjudicante, independentemente da

¹⁷² Artigo 65.º, n.º 1 da LPE e alínea I), do n.º 1 do artigo 132.º do CCP.

existência de possíveis motivos de exclusão das mesmas, sendo essa uma obrigação das plataformas electrónicas.

Poderá concluir-se que apenas as propostas submetidas dentro do prazo é que são disponibilizadas ao júri do procedimento. E quanto à (tentativa de) submissão de propostas para além deste prazo? Poderão ser submetidas ou não? E até quando é que as propostas podem ser submetidas? Pelo n.º 1 do artigo 68.º da LPE, o carregamento das mesmas só pode ocorrer “(...) até à data e hora prevista para a submissão (...)”.

Sendo este o entendimento, estaríamos perante uma substituição do trabalho de análise acometido ao júri dos procedimentos na sua função de avaliação formal das propostas submetidas por comandos informáticos de formatação das plataformas electrónicas.

Com efeito, um dos motivos de exclusão de uma proposta é a sua submissão para além da data e hora limite previamente indicada no procedimento pela entidade adjudicante. Diz a alínea a), do n.º 2 do artigo 146.º do CCP que uma proposta é excluída se apresentada depois do termo fixado.

O que, aparentemente, agora refere o n.º 1 do artigo 68.º da LPE é que o júri deixaria de ter acesso às propostas cuja submissão não efective dentro da data e hora estipuladas, não se podendo pronunciar sobre esta situação, em fase de análise de propostas.

Deverá o Legislador clarificar o conteúdo do n.º 1 do artigo 68.º, bem como o n.º 5 do artigo 70.º, ambos da LPE, definindo, tal como o fazia o n.º 1 do artigo 18.º da Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho, até quando é que as propostas podem ser submetidas, cabendo, depois, ao júri do procedimento propor, ou não, a exclusão das propostas submetidas para além do termo fixado para a sua apresentação.

14. O conceito de preço base

Estipula o CCP, no número 1 do artigo 47.º, que o preço base¹⁷³ é o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objecto.

Portanto, todos valores tidos por cobráveis pela futura entidade adjudicatária deverão estar incluídos até ao preço máximo apresentado pela sua proposta submetida a concurso.

Nas palavras de MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA¹⁷⁴, a “*fixação do montante do preço base no caderno de encargos (...) é uma faculdade de que a entidade adjudicante pode querer fazer uso para advertir expressamente o mercado de que não aceitará propostas e não contratará por um preço de montante superior ao indicado, mas, quanto muito, por um preço igual a esse montante*”.

Fica assim o mercado ciente de que, ao apresentar uma proposta cujo seu preço seja superior ao preço base que a entidade adjudicante está disposta a pagar no seu todo, essa proposta será liminarmente excluída do procedimento aquisitivo, nos termos da alínea d), do n.º 2 do artigo 70.º e da alínea o), do n.º 2 do artigo 146.º, ambos do CCP.

14.1. A apresentação de uma proposta cujo preço seja superior ao do preço base (1)

A exclusão de uma proposta cujo preço seja superior ao do preço base do procedimento aquisitivo não é passível de sanção, mesmo com a apresentação de uma justificação fundamentada por parte do concorrente, como é possível se, por exemplo, uma proposta

¹⁷³ No Código dos Contratos Públicos, o significado da palavra “base” é como que invertido. Ou seja, não sendo o preço base o preço pelo qual as propostas devem ter em atenção como sendo o preço mínimo, mas precisamente o contrário, é o preço máximo pelo qual um procedimento aquisitivo pré-contratual define como o seu limite. Não terá sido a melhor escolha, havendo outras palavras que talvez pudessem exprimir melhor o pretendido, tais como “limite” ou “máximo”.

¹⁷⁴ ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO E RODRIGO, “Concursos e outros procedimentos de contratação pública”, com colaboração de NEIVA DE OLIVEIRA, Edições Almedina, Maio 2011, pp 638.

seja apresentada com um preço ao qual a entidade adjudicante considere anormalmente baixo ou se esse limite inferior seja definido legalmente¹⁷⁵.

Efectivamente, sendo uma proposta apresentada com um preço considerado anormalmente baixo, é dada possibilidade a esse concorrente que justifique fundamentadamente o preço apresentado, algo que não é dado a quem apresente uma proposta cujo preço seja superior ao do preço base.

A justificação de apresentação de um preço anormalmente baixo poderá não ser, ainda e só, suficiente para que não ocorra a exclusão da proposta do procedimento aquisitivo, já que os esclarecimentos dessa mesma justificação terão que ser considerados pelo júri e que os termos do contrato a celebrar não implique a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis, ou de quaisquer actos susceptíveis de falseamento da concorrência¹⁷⁶, sendo esta uma das situações possíveis em que, na exclusão das propostas apresentadas pelos concorrentes por parte do júri desses procedimentos cujos preços sejam considerados anormalmente baixos, os princípios da economicidade, da boa administração e o *“best value for money”* se subjugam e retraiam perante outros princípios valorizadores e estruturantes do Direito da política da concorrência da União Europeia e nacional, veiculados por políticas secundárias a prosseguir pelos Estados-Membros, onde predominam principalmente os princípios da legalidade, da igualdade, da concorrência, da boa-fé e da imparcialidade. Princípios estes que, aliados ao dever da prossecução do interesse público, estão plasmados no artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa, com respeito pelos direitos legalmente protegidos dos cidadãos.

Teoricamente, ao apresentar uma proposta cujo preço seja superior ao do preço base de um procedimento, um concorrente sempre poderia apresentar uma fundamentação devidamente justificada e sustentada, que tivesse tido em conta factores relevantes para o fornecimento ou a para a prestação em causa, mas desconhecidos da entidade adjudicante,

¹⁷⁵ Artigo 71.º do CCP.

¹⁷⁶ Artigo 70.º, n.º 2, alíneas e), f) e g) do CCP.

e levasse a que esta, tendo por base uma informação deficiente ou errónea, tenha definido um preço base que se encontrava, afinal, desfasado da realidade do mercado.

Dir-se-á que seria um trabalho inglório, pois havendo outras propostas com preços abaixo do preço base, aquela proposta nunca seria classificada em lugar de poder ser esta a proposta a adjudicar e o concorrente que a apresentou a futura entidade adjudicatária.

Mas, em sede de audiência prévia, o concorrente que apresentou tal preço poderia, no entanto, esgrimir argumentos com as outras propostas e encontrar termos ou condições nelas que levasse à sua exclusão e, assim, ficar aquela proposta com o preço mais alto como vencedora e esse concorrente ser o adjudicatário.

14.2. A apresentação de uma proposta cujo preço seja superior ao do preço base (2)

Desvalorizando a situação, teórica aliás, delineada do ponto anterior, certo é que a apresentação de uma proposta cujo preço seja superior ao do preço base, é cominada com a sua exclusão do procedimento aquisitivo, nos termos do CCP.

E porque, independentemente de tudo, a entidade adjudicante não tem qualquer intenção de contratar tendo por base uma proposta que vá para além do preço que ela definiu como o preço base do procedimento aquisitivo.

Efectivamente, na definição de um preço base de um procedimento aquisitivo, uma entidade adjudicante envia uma mensagem ao mercado e aos seus *players* que não está disposta a contratar, nem sequer discutir, com qualquer concorrente que apresente uma proposta por um preço que essa entidade adjudicante exclui logo à partida.

Assim sendo então, quais serão então as razões que levam um concorrente a apresentar uma proposta que já saberá que será excluída, com gastos desnecessários de recursos (materiais e humanos)?

Exemplificando, se num concurso público uma entidade adjudicante define como preço base um valor de 100, valor este, como definido no artigo 47.º do CCP, que define o preço máximo global que esta entidade adjudicante está disposta a pagar para determinado fornecimento ou prestação de serviços por parte do futuro adjudicatário, porque é que um concorrente apresenta uma proposta com o preço contratual de 100+1?

Três razões se afiguram.

A primeira, é que o concorrente que apresente uma proposta cujo preço supera o preço base do procedimento esteja totalmente alheio e desfasado do universo jurídico da contratação pública. Ou seja, não tem em conta a evolução jurídica afecta à contratação pública e concorre na possibilidade, quiçá, de a entidade adjudicante analise a sua proposta e, na falta de outra, ser esta a proposta a adjudicar.

A segunda razão, poderá ser a confusão que a própria palavra “base” quer dizer em Direito da contratação pública e o que quer dizer em linguagem corrente, logo, havendo um preço base, será a partir deste preço, como preço mínimo, que o concorrente apresenta a sua proposta, denotando, na mesma uma falta de conhecimento jurídico da matéria.

Quanto à terceira razão, sendo esta, possivelmente, a única e a verdadeira razão para que um concorrente apresente uma proposta cujo preço supere o preço base do procedimento, seja a de que este concorrente, ao apresentar tal proposta (quando o que apresenta possa ser considerada como tal), assumo ele esse mesmo estatuto, o de “concorrente”, e, como tal, seja incluído na lista de concorrentes, tendo, depois, no decorrer do procedimento, acesso a toda documentação produzida na sua tramitação e, mais importante que isso, terá acesso às propostas dos outros concorrentes, recebendo informação comercial estratégica, *know-how* dos outros players do mercado quase que gratuitamente.

Esta prática leva a que o princípio da concorrência seja distorcido ou desvirtuado na sua essência e seja lesiva para com todos os outros concorrentes.

Assim, uma de duas soluções se poderá fazer para colmatar tal situação. A primeira, seria limitar tecnicamente nas plataformas electrónicas a submissão de propostas cujo preço seja superior ao do preço base estipulado pela entidade adjudicante. Ao tentar submeter uma proposta cujo preço da mesma se apresente superior ao preço base do procedimento aquisitivo em questão, essa proposta seria impossibilitada de ser submetida na plataforma electrónica, logo este putativo concorrente continuaria no mesmo estatuto que antes, a de interessado em sentido restrito.

Consequentemente, esse putativo concorrente não atingiria o estatuto de “concorrente”, logo não seria inserido na lista de concorrentes, e não teria também acesso à documentação do procedimento, nem acesso às propostas dos outros concorrentes.

Estaríamos aqui, no entanto, numa situação em que os comandos técnicos informáticos previamente definidos substituiriam a função de análise da proposta do júri e a possibilidade de exclusão da mesma por motivos materiais (artigo 70.º, n.º 2, d) do CCP), o que não seria de todo, talvez, a melhor solução. Até porque este putativo concorrente poderá alegar razões atendíveis que fizesse o júri aceitar mesmo essa proposta (nos termos do ponto anterior).

A segunda, seria manter-se a solução plasmada nas normas vigentes do CCP, ou seja, a possibilidade de submissão da proposta com um preço superior ao do preço base, essa proposta ser analisada e, nos termos da alínea d), do n.º 2 do artigo 70.º e da alínea o), do n.º 2 do artigo 146.º, ambos do CCP, o júri propor a sua exclusão do procedimento. No entanto, com essa exclusão, esse concorrente não seria integrado na lista de concorrentes. Dessa maneira, como também referido na questão anterior, não teria acesso à documentação da tramitação do procedimento, nem acesso às propostas dos outros concorrentes.

Uma última nota quanto à diferenciação de tratamento entre a apresentação de uma proposta cujo preço seja considerado anormalmente baixo e uma proposta cujo preço seja superior ao do preço base.

Sendo apresentada uma proposta cujo preço seja considerado anormalmente baixo e sendo esta excluída, a entidade adjudicante deve comunicar tal facto à Autoridade da Concorrência e, no caso de concurso com publicidade internacional, à Comissão Europeia; sendo o procedimento o de empreitada ou de concessão de obras públicas, essa comunicação também deverá ser efectuada ao IMPIC.

Sendo apresentada uma proposta cujo preço seja superior ao do preço base, a cominação é a da exclusão da proposta no procedimento.

Querendo um interessado em sentido restrito obter apenas informação das propostas dos outros concorrentes, não estando minimamente interessado em concorrer no procedimento aquisitivo, basta-lhe, para isso, apresentar um preço superior ao do preço base, sendo excluído do procedimento aquisitivo por esse fundamento, mas fica automaticamente incluído na lista de concorrentes, com acesso à tramitação do procedimento e às propostas dos outros concorrentes, sem ter que ser confrontado com futuras justificações a fornecer à Autoridade da Concorrência e ao IMPIC.

15. O júri do procedimento

O *download*, a descriptação, a análise e a avaliação das propostas submetidas ao procedimento aquisitivo pré-contratual, são tarefas a cargo do júri do procedimento, assentes nos princípios da contratação pública explanados no CCP, bem como nos princípios prosseguidos pela Administração Pública, mencionados no CPA.

Pelo atrás exposto, terá assim o júri de um procedimento aquisitivo (com excepção do ajuste directo em que tenha sido apresentada uma única proposta) o dever e a obrigação legal de tratar de modo igual todos os concorrentes, com total transparência dos seus actos, agindo de boa-fé e imparcialidade, para que seja promovida uma sã e concreta concorrência.

É ainda competência do júri a elaboração do relatório preliminar, a análise e resposta às pronúncias ao relatório preliminar, apresentadas em sede de audiência prévia e a elaboração do relatório final, documento onde o júri propõe, após o seu trabalho de

avaliação das propostas submetidas ao procedimento aquisitivo, a exclusão de propostas, caso assim tenha concluído, e propõe também ao órgão competente para contratar¹⁷⁷ a adjudicação do procedimento ao(s) concorrente(s) indicado(s) como o(s) que tenha(m) apresentado a(s) melhor(es) proposta(s), terminando aqui a sua competência no procedimento aquisitivo.

De salientar que, quer os elementos que constituem o júri, quer o ser trabalho de análise e avaliação das propostas submetidas, são autónomos e independentes orgânica e funcionalmente perante o órgão competente para a decisão de contratar, muito embora este último possa não aprovar o relatório final apresentado pelo júri a propor quer a exclusão de qualquer concorrente, quer a adjudicação ao concorrente que o júri considere ter apresentado a melhor proposta no procedimento aquisitivo.

16. A entrega de proposta

O acto de entrega de proposta considerar-se-á um pedido de participação de um concorrente no procedimento aquisitivo, em que este assume perante a entidade adjudicante um compromisso do cumprimento do futuro contrato a celebrar, com os requisitos não negociáveis (atributos não submetidos à concorrência) que a entidade adjudicante o tenha previamente definidos e com os requisitos que o concorrente apresenta como negociáveis, na medida dos atributos que a própria entidade adjudicante submete à concorrência e em que este concorrente considera a sua proposta a melhor das propostas apresentadas pelos outros potenciais concorrentes.

Anteriormente à obrigatoriedade de entrega das propostas em plataformas electrónicas (1 de Novembro de 2009), as propostas e candidaturas podiam ser entregues por correio registado ou entregues directamente nos serviços competentes da entidade adjudicante, dentro dos termos fixados pela entidade adjudicante.

¹⁷⁷ Artigos 123.º, 124.º, 146.º, 147.º e 148.º do CCP.

Com o depósito das propostas no local indicado no programa de procedimento, era entregue um comprovativo de entrega dos documentos que enformavam a proposta, indicando o nome do concorrente, a data e a hora de entrega.

Na vigência do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, os concorrentes deveriam indicar, para além dos elementos obrigatórios¹⁷⁸ a constar nas mesmas, quais os documentos que acompanhavam as propostas pelos quais estas eram constituídas¹⁷⁹.

Refira-se, a propósito, que na vigência do Decreto-Lei 197/99, de 8 de Junho, existia a figura da admissibilidade condicional de concorrentes, em que era dada a possibilidade de os concorrentes entregarem documentos da proposta em falta ou que na documentação apresentassem omitissem qualquer dado que tivesse sido exigido pelo programa do procedimento ou pelo caderno de encargos do mesmo¹⁸⁰. Ou seja, não eram aplicados os princípios da imutabilidade (ou da intangibilidade) e da estanqueidade das propostas apresentadas, que agora com o CCP são princípios basilares dos princípios da concorrência e da igualdade.

Com a entrada em vigor do CCP, por seu lado, e até 31 de Outubro de 2009, os concorrentes deviam entregar os documentos indicados no artigo 57.º, onde se engloba a entrega da declaração do anexo I (ou do anexo V¹⁸¹) daquele Diploma legal, bem como outros que o programa do concurso possa assim requerer, desde que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, nos termos do artigo 132.º do mesmo Diploma Legal.

Quem não entregava proposta, obviamente não seria considerado concorrente.

¹⁷⁸ Artigo 47.º, n.º1 do Decreto-Lei 197/99, de 8 de Junho.

¹⁷⁹ Artigo 48.º do Decreto-Lei 197/99, de 8 de Junho.

¹⁸⁰ Nos termos do n.º 6 do artigo 101.º da Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, era dado um prazo adicional de cinco dias para que estes concorrentes completassem as suas propostas.

¹⁸¹ Ou do anexo V do CCP, se o procedimento aquisitivo adoptado tiver sido o concurso público limitado por prévia qualificação

No dia e hora indicados no programa de procedimento, dava-se então início ao acto público de abertura de propostas, sendo este acto aberto a todos os interessados, onde eram identificados os representantes dos concorrentes e onde só estes podiam intervir¹⁸².

A partir de 1 Novembro de 2009, com a obrigatoriedade de os concursos públicos decorrerem os seus trâmites em plataformas electrónicas de contratação pública, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, o acto público de abertura de propostas deixou de existir.

A abertura das propostas, como já se disse atrás, passou a ser um acto “tecnológico”, com inserção de chaves de acesso que cada elemento do júri é portador e em que, por vezes, nem os próprios elementos do júri estão numa mesma sala a proceder ao *download* e descriptação das propostas submetidas a concurso.

Mas o júri do procedimento aquisitivo tem, na mesma, de observar os referidos princípios da imutabilidade e da estanqueidade das propostas submetidas. Qualquer esclarecimento que o júri necessite de obter dos concorrentes para clarificação de dúvidas de compreensão das propostas submetidas ou de contradições nelas constatadas aquando da sua análise e avaliação, a resposta a esse esclarecimento não pode alterar, contrariar ou suprir qualquer omissão dos elementos constantes da proposta original nem os seus atributos, nos termos do artigo 72.º do CCP.

Decorre, depois, da LPE o meio e o modo como uma proposta deve ser submetida em plataformas electrónicas de contratação pública, sendo que estas deverão garantir a sua confidencialidade, encriptação e estanqueidade até à data e hora da sua recepção por parte dos elementos do júri, e só a estes¹⁸³.

Os concorrentes, por sua vez, terão que assinar digitalmente todos os documentos submetidos, com recurso à assinatura electrónica qualificada, nos termos do n.º 1 do artigo

¹⁸² Artigo 99.º do Decreto-Lei 197/99, de 8 de Junho e artigos 11.º e 12.º do Decreto Preambular que aprova o CCP.

¹⁸³ N.ºs 1 dos artigos 73.º e 74.º, ambos da LPE e n.ºs 2 dos artigos 123.º e 138.º do CCP.

54.º da LPE. Não sendo a assinatura qualificada, a proposta é excluída por deficiência de poderes, nos termos do n.º 6 do mesmo artigo.

Menciona o n.º 1, do artigo 70.º da LPE que a proposta se considera apresentada quando o concorrente finaliza o seu processo de submissão na plataforma electrónica, que, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, terá lugar após o completo preenchimento do formulário principal.

Conforme se disse anteriormente, a submissão de uma proposta em plataforma electrónica pode passar apenas pela submissão do formulário principal mencionado na LPE e do anexo I do CCP¹⁸⁴, adquirindo assim determinada entidade, registada anteriormente como interessado em sentido restrito, o estatuto de concorrente e o direito a ter acesso a toda a tramitação e toda a documentação produzida no procedimento aquisitivo até à fase do relatório final, nomeadamente o acesso às propostas dos outros concorrentes.

Esse estatuto manter-se-á mesmo se a sua proposta seja excluída pelo júri do procedimento, na análise e avaliação que este órgão efectua a todas as propostas apresentadas.

Com a submissão da proposta na plataforma electrónica, e com o termo do prazo para a sua submissão, termina assim a fase de apresentação de propostas, ficando os concorrentes na expectativa de a sua proposta ser, primeiro, admitida para avaliação após análise¹⁸⁵ efectuada pelo júri do procedimento aquisitivo e, segundo, de ser a escolhida entre todas as submetidas, para cocontratante com a entidade adjudicante.

¹⁸⁴ Nos casos em que, por exemplo, o preço seja o único factor submetido à concorrência e o critério de adjudicação seja o do preço mais baixo, nos termos dos n.º 1, alínea b) e n.º 2 do artigo 74.º do CCP.

¹⁸⁵ Depende do critério de adjudicação escolhido para o procedimento, já que só haverá avaliação de propostas quando tenham sido indicados factores e, eventualmente, subfactores de avaliação das mesmas. Quando o critério de adjudicação seja apenas o do preço mais baixo, o júri efectuará apenas o processo de análise das propostas apresentadas.

A lista ordenada dos concorrentes é então elaborada assim que são inseridas as chaves de acesso dos elementos do júri para descriptação e *download* das propostas¹⁸⁶.

As propostas submetidas são, depois, formalmente e materialmente analisadas e avaliadas pelo júri do procedimento aquisitivo, tendo em conta o critério de adjudicação definido no programa do procedimento aquisitivo – o do preço mais baixo ou o da proposta economicamente mais vantajosa¹⁸⁷ –, com os respectivos factores e eventuais subfactores¹⁸⁸ densificadores do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, caso este seja o critério escolhido pela entidade adjudicante¹⁸⁹.

Entretanto, o cumprimento do n.º 2, do artigo 138.º do CCP, o júri faculta aos concorrentes incluídos na lista supra mencionada o acesso a todas as propostas submetidas.

Têm os concorrentes, assim, nesta fase, a possibilidade de comparação de todas as propostas submetidas ao procedimento aquisitivo pré-contratual e, naturalmente, submetidas à concorrência, bem como a oportunidade de coadjuvar o júri no processo de inclusão/exclusão de propostas em fase de pronúncia ao relatório preliminar¹⁹⁰, ao indicar ao referido órgão de análise e de avaliação os parâmetros das propostas omissos ou contraditórios com o caderno de encargos e com as respectivas especificações técnicas, por si (júri) não detectadas anteriormente.

17. A análise e a avaliação das propostas

O artigo 57.º da Directiva de 2014 elenca os motivos de exclusão pelos quais as entidades adjudicantes devem e podem excluir (também a pedido dos Estados-Membros) as propostas apresentadas a concurso e em que as mesmas padeçam de tais motivos. Existem,

¹⁸⁶ Artigos 72.º e 75.º da LPE.

¹⁸⁷ Artigo 74.º, n.º 1 do CCP.

¹⁸⁸ Artigo 75.º, n.º 1 do CCP.

¹⁸⁹ Nos termos do artigo 74.º, n.º 1 do CCP, o outro critério de adjudicação, o do mais baixo preço, em que o factor único de adjudicação é, apenas e só, obviamente, o preço da proposta mais baixa.

¹⁹⁰ Artigo 147.º do CCP.

portanto, nos termos desta norma, motivos de exclusão obrigatória e motivos de exclusão facultativa¹⁹¹.

Os motivos de exclusão obrigatórios, indicados no n.º 1 do artigo 57.º da Directiva, que em nada se relacionam ou correspondem com a contratação pública em si, resultando sim das insuficiências do direito primário de alcançar os objectivos da União Europeia plasmados nos Tratados, quanto às liberdades e garantias, para a construção do mercado comum e para a ausência de barreiras no Espaço Comum Europeu. Para tal, o direito primário recorre ao direito secundário, especialmente às Directivas de contratação pública, para que essas insuficiências sejam suprimidas.

A exclusão das propostas pelos motivos obrigatórios tem, por isso a haver, não pelos seus [das propostas] deméritos próprios, mas por motivos atinentes a critérios de foro criminal dos operadores económicos que as apresentam.

Os motivos de exclusão obrigatória indicados no n.º 1 do artigo 57.º da Directiva passam, assim, pela verificação da condenação transitada em julgado de qualquer operador económico por participação em organizações criminosas, por crimes de corrupção, de fraude, de infracções terroristas ou infracções com actividades com elas relacionadas (tais como o seu financiamento e o branqueamento de capitais), de trabalho infantil ou outro tipo de tráfico de seres humanos.

Quanto à exclusão facultativa, pelo n.º 2, do artigo 57.º da Directiva, as propostas são excluídas se colidirem com os princípios da legalidade, da concorrência e da igualdade de tratamento entre os concorrentes, balizados pelo princípio da proporcionalidade.

São, entre outras, as situações de incumprimento quanto às obrigações respeitantes a pagamento de impostos e de contribuições para a Segurança Social, de práticas anti-concorrenciais, tais como a celebração de acordos entre operadores económicos, os

¹⁹¹ Moreira, José Azevedo, “Os “Motivos de Exclusão” na Directiva 2014/24/UE”, Revista de Contratos Públicos, n.º 13, Julho de 2016, pp 45.

conflitos de interesses, a participação na elaboração das peças procedimentais de que os concorrentes tirem vantagem efectiva, o incumprimento ou cumprimento deficitário de contratos anteriores, as declarações falsas e a influência intencional da tomada de decisão da entidade adjudicante, assim como o incumprimento de obrigações aplicáveis, pelo Direito da União Europeia, por legislação nacional, por convenções regulamentos e internacionais e de normas de Direito internacional respeitantes a matérias de âmbito ambiental, social e laboral¹⁹².

Refira-se ainda a previsibilidade da alínea d) do n.º 4, do art.º 57.º da Directiva da possibilidade de exclusão de um concorrente de um procedimento aquisitivo se a autoridade adjudicante tiver indícios de que este tenha celebrado acordos com a finalidade de distorcer a concorrência.

O anteprojecto acrescenta os novos motivos de exclusão que a Directiva de 2014 elenca. Este anteprojecto adita ainda um novo artigo 55.º-A, atinente à ponderação do princípio da proporcionalidade por parte das entidades adjudicantes quanto a dívidas fiscais e à Segurança Social por parte dos concorrentes.

De salientar ainda que o artigo 1.º-A, n.º 2 do anteprojecto, atendendo ao princípio da legalidade, faz referência ao cumprimento de normas de âmbito social, ambiental e laboral por parte dos concorrentes a procedimentos aquisitivo, devendo as entidades adjudicantes assegurar esse cumprimento quer na formação, quer na execução de contratos públicos.

Pelo n.º 3 do mesmo artigo do anteprojecto, é incumbência das autoridades adjudicantes a prevenção de conflitos de interesses, no espírito dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento entre os concorrentes.

Concentrando agora a atenção no texto do CCP em vigor, o n.º 1, do artigo 70.º do CCP indica que “As propostas são analisadas em todos os seus atributos, representados pelos factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação, e termos ou condições”.

¹⁹² Nos termos do artigo 18.º, n.º 2 da Directiva.

Os motivos de exclusão de propostas submetidas aos procedimentos aquisitivos estão previstos nos artigos 70.º, n.º 2 e 146.º, n.º 2, ambos do CCP, que densifica os requisitos materiais e os requisitos formais, respectivamente.

As propostas submetidas aos procedimentos aquisitivos são assim analisadas e avaliadas, quer pelos seus requisitos materiais, quer pelos requisitos formais, pelo júri do procedimento.

Dos motivos formais elencadas no artigo 146.º, n.º 2, do CCP, pelos quais uma proposta pode/deve ser excluída num procedimento aquisitivo (aplicáveis aos concursos públicos, mas extensíveis, por analogia, aos ajustes directos, com envio de convite a mais que uma entidade, com as devidas adaptações) relevar-se-ão, para o propósito deste trabalho, os seguintes motivos:

- a) a apresentação de proposta depois do prazo fixado para a sua apresentação;
- b) a não apresentação de todos os documentos exigidos, nos termos do artigo 57.º, n.º 1 do CCP, nomeadamente a não apresentação da declaração do anexo I (ou anexo V) ao CCP e os documentos que contenham os atributos submetidos à concorrência e os que contenham os termos ou condições não submetidos à concorrência;
- c) por motivos materiais.

Relativamente à primeira alínea dos motivos formais de exclusão, a da apresentação de proposta depois do termo fixado pelo programa de concurso, e respeitando os princípios da concorrência e da igualdade entre os concorrentes, se uma proposta é submetida após a data limite para a sua submissão, esta proposta está legal e automaticamente excluída do procedimento aquisitivo, logo este concorrente não deveria fazer parte da lista de concorrentes desse procedimento aquisitivo, nos termos agora propostos¹⁹³.

A submissão de uma proposta em plataforma electrónica origina o envio ao concorrente, por parte daquela, de um recibo de entrega de proposta, onde, entre outras

¹⁹³ Referidos no ponto 13.1.

indicações, é referida a hora exacta¹⁹⁴ de submissão da proposta¹⁹⁵. Sendo assim, se uma proposta é submetida para além do termo fixado no programa do procedimento, o concorrente que a submeteu e que incumpriu com esse prazo, não pode ficar na expectativa de que a sua proposta possa, de alguma maneira, ser mantida no procedimento, ou, por outras palavras, esse concorrente não pode obter outra decisão do júri do procedimento aquisitivo que não a exclusão da sua proposta do procedimento aquisitivo. Com a informação que lhe é chegada (tanto do concorrente como da plataforma electrónica), o júri assim o decidirá.

Poderá sempre alegar esse concorrente, em tempo útil¹⁹⁶, de situações anómalas e externas à sua vontade e ao seu controlo e domínio (a inacessibilidade da plataforma electrónica ou os níveis de operacionalidade estarem diminuídos, por exemplo) que levaram a que essa proposta fosse submetida após o termo do prazo para tal. Mas é ao concorrente que recairá o ónus de provar o que poderá alegar para que a sua proposta não seja excluída do procedimento aquisitivo por parte do júri.

Em consequência, na situação de exclusão dessa proposta por o concorrente a ter submetido para além do termo fixado no procedimento aquisitivo, nos termos da alínea a), do n.º 2, do artigo 146.º do CCP, este [concorrente] não deveria ser incluído na lista de concorrentes, porque, mesmo tendo apresentado uma proposta, a mesma não será objecto de análise e avaliação por parte do júri do procedimento.

E ao não ser incluído na lista de concorrentes, deixaria de ter acesso à tramitação do procedimento e às outras propostas apresentadas.

¹⁹⁴ Com a aposição de selos temporais (*timestamps*) de validação cronológica, nos termos dos artigos 2.º, alínea f) e 55.º, n.ºs 1 e 3, ambos da LPE.

¹⁹⁵ Artigo 66.º, n.º 5 da LPE.

¹⁹⁶ Sempre que haja fundamento concreto dessa impossibilidade de apresentação da proposta dentro do prazo e que esse fundamento chegue ao júri a tempo de este órgão conseguir proceder à prorrogação do prazo para a apresentação das propostas. O fundamento deverá passar sempre pela apresentação ao júri de um relatório de operacionalidade da plataforma electrónica por onde tramita o procedimento aquisitivo por parte da entidade gestora da mesma.

Quanto à alínea b) dos motivos formais de exclusão acima indicados, a da não apresentação de todos os documentos exigidos, nos termos do artigo 57.º, n.º 1 do CCP e a não apresentação da declaração do anexo I (ou do anexo V) ao CCP, a proposta *latu sensu* é constituída por diversos documentos¹⁹⁷, entre eles os acima referidos.

Exemplificando, se num procedimento aquisitivo por concurso público, em que o critério de adjudicação é o do preço mais baixo, a proposta a submeter deverá incluir, no mínimo, o formulário disponibilizado pela plataforma electrónica devidamente preenchido e o anexo I do CCP.

Não preenchendo completamente o formulário principal disponibilizado pela plataforma electrónica, ou preenchendo-o incorrectamente, nem apresentando o anexo I do CCP, esta não poderá ser considerada uma proposta, nos termos dos artigos 56.º e 57.º do CCP e da alínea b), do n.º 1, do artigo 66.º e do n.º 3, do artigo 70.º, ambos da LPE.

Ou seja, conforme referido por JORGE ANDRADE DA SILVA, não há, nesta situação, uma “efectiva apresentação de uma proposta”¹⁹⁸.

Com tal, se um concorrente não enforma a sua proposta com os elementos e documentos obrigatórios e requeridos pelo programa do procedimento, essa proposta não deverá ser considerada “uma proposta” séria, firme e certa¹⁹⁹, não havendo, da parte deste concorrente uma declaração precisa da sua vontade de participar no procedimento aquisitivo.

A última alínea atrás referida, a da exclusão de uma proposta por motivos materiais, correspondente à alínea o), do n.º 2 do artigo 146.º, remete-nos para os motivos de exclusão de propostas elencados no artigo 70, n.º 2 do CCP (os motivos materiais) e pelos

¹⁹⁷ Conforme referido no ponto 13.

¹⁹⁸ Conforme referido no ponto 11.

¹⁹⁹ ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO E RODRIGO, «Concursos e outros procedimentos de contratação pública», Edições Almedina, pp 577. As propostas a submeter devem ser “sérias”, sendo elaboradas de modo a serem mantidas e serem cumpridas; “firmes”, sem termos ou atributos hipotéticos ou duvidosos; e “certas”, elaboradas com precisão daquilo que se oferece e que se pretende.

quais uma proposta poderá/deverá ser excluída. Seguindo o mesmo raciocínio do ponto anterior, para este trabalho, relevam-se os seguintes motivos de exclusão:

- a) a não apresentação de algum atributo submetido à concorrência, nos termos do artigo 57, n.º 1, alínea b);
- b) o preço ser superior ao do preço base;
- c) a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência.

Quanto à alínea a) supra referida, se num determinado procedimento aquisitivo o programa do procedimento indicar aspectos que a entidade adjudicante entenda não submeter à concorrência e haja outros que o entenda ser (nomeadamente, no mínimo, o preço do contrato a celebrar), deverão os potenciais concorrentes elaborar as suas propostas tendo por base todos os aspectos submetidos à concorrência e os termos e condições não submetidos à concorrência, sob pena da sua exclusão em caso de contradição com o caderno de encargos ou de omissão de algum deles²⁰⁰.

Se um concorrente submete uma hipotética proposta em que o formulário principal não é preenchido, ou não o é devidamente preenchido, não indicando sequer qualquer valor dessa hipotética proposta submetida, e não junta a esse formulário nem o anexo I do CCP, nem qualquer outro atributo vinculativo (respeitantes aos submetidos à concorrência) ou negociais (respeitante aos não submetidos à concorrência), estamos perante uma proposta que o não é, ou seja, uma não-proposta, sem valor negocial e sem parâmetros tidos por analisáveis e avaliáveis pelo júri do procedimento.

Neste contexto, esta não-proposta deveria ser cominável, para além da sua exclusão do procedimento aquisitivo, com a não inclusão do concorrente que a submeteu na lista de concorrentes porque, na prática, esse concorrente nunca quis fazer parte do procedimento aquisitivo nem nunca quis adquirir o estatuto de “concorrente”.

²⁰⁰ Nos termos dos artigos 57.º, n.º 1 e 70, n.º 2, ambos do CCP.

Do mesmo modo se diga para a alínea b) referida, a da apresentação de um preço de uma proposta superior ao do preço base do procedimento aquisitivo.

Se o preço base de um procedimento aquisitivo é o preço máximo pela qual a entidade adjudicante está disposta a negociar e a pagar²⁰¹, é inusitada a apresentação de um preço superior ao do preço base, sabendo de antemão esse concorrente que a sua proposta é excluída nos termos legais, sem qualquer hipótese sequer de o júri do procedimento aquisitivo proceder à sua avaliação.

Este tipo de acções praticadas por parte de alguns “concorrentes” em procedimentos aquisitivos, com o propósito apenas de subtrair informação relevante sobre o mercado e sobre os outros concorrentes ao mesmo procedimento aquisitivo sem dispêndio de recursos consideráveis, deveriam ser consideradas práticas distorcivas ou desvirtuadoras do princípio da concorrência, pelo que as propostas desses pretendidos concorrentes deveriam ser desvalorizadas e excluídas dos procedimentos aquisitivos onde “concorrem”. Primeiro, por qualquer um (ou vários) dos motivos formais e/ou materiais de que as suas propostas padeçam, mas também, cumulativamente pela alínea c) dos motivos materiais anteriormente indicada, respeitante à exclusão das mesmas por actos que falseiem a concorrência, nos termos da alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º²⁰², e da alínea o), do n.º 2, do artigo 146.º, ambos do CCP.

Claro que a decisão de exclusão de uma proposta nos termos acima propostos teria de ser sustentada por um trabalho atento e seguro por parte do júri do procedimento aquisitivo, de modo a que não seja ele mesmo, o júri, acusado de distorcer e de não prosseguir os princípios da imparcialidade, da igualdade e da transparência, ferindo assim também o princípio da concorrência no procedimento aquisitivo.

²⁰¹ Nos termos explanados no ponto 14.

²⁰² A que se referem, por sua vez, aos artigos 9.º e 1.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência.

Depois, e para que o princípio da concorrência fosse alcançado na sua plenitude, essa exclusão deveria ser acompanhada, também, pela sanção de estes pretendentes “concorrentes” deixarem de aceder às propostas concretas, sérias, firmes e certas submetidas pelos outros, estes sim, concorrentes.

As acções acima descritas e verificáveis por parte de alguns concorrentes em diversos procedimentos aquisitivos submetidos à concorrência poderão não evidenciar qualquer tipo de acto ou práticas susceptíveis de falsear as regras da concorrência, conforme a alínea c) referida, e indicadas no n.º 2 do artigo 70.º do CCP como causa de exclusão e propostas, mas indicam actos e práticas de distorção das mesmas regras da concorrência e da boa fé que os concorrentes e as entidades adjudicantes têm o dever e a obrigação de prossecução.

17.1. A supressão de irregularidades das propostas pela Directiva de 2014 e pelo anteprojecto de revisão do CCP

A Directiva de 2014 veio agora, pelo seu Considerando 101, parágrafo 3.º, conceder aos concorrentes a possibilidade de, em circunstâncias excepcionais, suprir pequenas irregularidades nas propostas apresentadas. Não se descortinou que pequenas irregularidades das propostas e que circunstâncias excepcionais a Directiva se refere.

No entanto, no anteprojecto de revisão do CCP, o artigo 72.º, n.º 3 adianta que o júri (não pode) **deve** (o pressupõe uma obrigatoriedade imposta ao júri do procedimento) solicitar aos candidatos e concorrentes que procedam ao suprimento das irregularidades formais não essenciais que sejam suscetíveis de sanção, que incluam a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura (extensível, portanto, à inclusão de outros documentos) e desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento. O n.º 4, por sua vez, no dever de solicitação de supressão de irregularidades do número anterior por parte do júri do procedimento, exemplifica que essa possibilidade concedida ao concorrente de correcção da sua proposta pode ser efectuada quando tais

erros sejam erros materiais ou de cálculo e desde que esse erro seja evidente para qualquer destinatário²⁰³.

Ora, no que respeita ao n.º 4 do artigo 72.º do anteprojecto, se o erro é evidente para qualquer destinatário, desnecessário será, pensa-se, requerer ao concorrente a sua validação e a sua correcção. O próprio júri do procedimento pode e deve assumir ele próprio [o júri] a rectificação desse erro. Por exemplo, se na proposta vem indicado o seu preço global e no formulário principal esse preço é indicado com menos um dígito, o júri poderá validar o preço correcto dessa proposta. Em caso de dúvida quanto aos atributos não apresentados e quanto aos termos e condições mencionados na sua proposta, o júri sempre terá a possibilidade de questionar o concorrente nos termos do n.º 1 do artigo 72.º, ou seja, em sede de pedido de esclarecimentos à proposta apresentada.

Por outro lado, pelo n.º 3 do mesmo artigo, continua em aberto o que é considerado, para este anteprojecto, uma formalidade não essencial das peças do procedimento aquisitivo²⁰⁴.

No entanto, a tramitação de procedimentos de contratação pública requer formalismos de certo modo rígidos que visam proteger essa mesma tramitação e a que todos os concorrentes devem atender de modo igual, com o propósito de proteger o princípio da igualdade e da concorrência.

A não observância desses formalismos poderá colocar em crise o princípio da estabilidade das regras do processo, bem como poderá retirar qualquer utilidade,

²⁰³ Em conformidade com o artigo n.º 249.º do Código Civil.

²⁰⁴ A questão (que divide a Doutrina e a Jurisprudência) das formalidades essenciais e não essenciais em procedimentos de contratação pública (na doutrina administrativa mencionadas como formalidades *ad substantiam* e *ad probationem*), será referida mais à frente, aquando do desenvolvimento do tópico sobre a exigibilidade, para a sua validade, de aposição de assinaturas electrónicas qualificadas nos documentos submetidos em plataformas electrónicas de contratação pública onde tramite o procedimento aquisitivo, e que, documentos esses na sua totalidade, constituem uma proposta *latu sensu*. No entanto, sempre se adianta que a teoria das formalidades essenciais tem prevalecido na Jurisprudência (nomeadamente no Supremo Tribunal Administrativo, tendo como referência os acórdãos de 30 de Janeiro de 2013 (proc. n.º 01123/12) e o de 3 de Dezembro de 2015 (proc. n.º 01028/15)).

esvaziando-o de conteúdo, aos motivos de exclusão de propostas vertido no n.º 2 do artigo 146.º do CCP.

Acresce ainda que esta possibilidade de suprimento de formalidades não essenciais pelos concorrentes às propostas por si submetidas (quaisquer elas possam ser) será numa fase em que o júri tem já conhecimento da identidade dos concorrentes e acesso ao conteúdo das propostas submetidas, o que poderá colocar o júri numa posição de parcialidade perante a sua decisão de solicitar aos concorrentes tais suprimentos.

No entanto, sempre se poderá formular um exercício teórico dos motivos de exclusão indicados no n.º 2 do artigo 146.º do CCP²⁰⁵, podemos tentar formular um exercício teórico dos motivos aí mencionados que possam ou não ser considerados não essenciais.

Assim, ter-se-á logo por excluída a alínea a) daquele artigo, já que é insusceptível de sanção a alteração da data de entrega de proposta depois do termo fixado para tal. E porque poria em causa os princípios da igualdade, da transparência e da imparcialidade da entidade adjudicante perante todos os concorrentes. Os concorrentes deverão evidenciar todos os esforços para que as propostas sejam apresentadas dentro do prazo determinado.

Relativamente à alínea b), respeitante à violação do n.º 2 do artigo 54.º, é uma formalidade que, pensa-se, não deverá ser fácil a sua sanção pelas condições de impossibilidade de participação num procedimento concursal em que um concorrente surja também incluindo num agrupamento ou em mais que um agrupamento, pelo que se exclui também este motivo formal de possível sanção.

O mesmo se diga para a alínea c), do n.º 2 do artigo 146.º, já que se remete para a proibição de participar em procedimentos aquisitivos as entidades se vejam numa das situações do artigo 55.º do CCP²⁰⁶.

²⁰⁵ O n.º 2, do artigo 146.º do anteprojecto mantém a nomenclatura dos motivos formais do actual CCP, com excepção da alínea h), respeitante à apresentação de propostas variantes, a revogar com a publicação, tal como está o anteprojecto, do CCP revisto.

Quanto à alínea l), e com a formulação a dar ao artigo 62.º pelo anteprojecto, a obrigatoriedade de apresentação de propostas por plataforma electrónica é uma exigência que não deverá ser possível a sua sanação pelo não respeito de tal obrigação. Ora, se a Lei e o programa de concurso dizem que a tramitação de um procedimento aquisitivo é feita por plataforma electrónica, qual o propósito de um concorrente enviar por outro meio essa mesma proposta? Com a sua sanação, estariam em risco todos os pilares enformadores da contratação pública, com a violação dos seus princípios estruturantes, nomeadamente, os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência.

Sendo apresentados documentos falsos ou que se preste culposamente falsas declarações, nos termos da alínea m), do n.º 2 do artigo 146.º, não sendo de difícil sanação, fica, no entanto, no mínimo, ferida a confiança da entidade adjudicante para com este concorrente, no caso de a sua proposta poder ser a escolhida de entre todas no concurso e ser a futura co-contratante.

Outro motivo de difícil sanação será o facto de um determinado concorrente violar regras específicas previstas no programa do concurso e a que a entidade adjudicante queira que os concorrentes se vinculem, desde que essa vinculação não tenha por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, previsto no n.º 4, do artigo 132.º, por remissão da alínea n), do n.º 2, do artigo 146.º, ambos do CCP. Se a entidade adjudicante entende haver regras específicas a impor a todos os concorrentes que pretendam apresentar uma proposta a um procedimento aquisitivo, e se um concorrente viola, deliberadamente, essas regras específicas, a decisão desse concorrente não pode ser sanada, porque desvirtua os princípios da imparcialidade, da concorrência, da boa-fé e da legalidade.

Tomemos o exemplo de um concurso público, cujo programa do concurso especifica que as propostas devem ser submetidas a concurso através de plataforma electrónica, como é obrigatório. No entanto, um concorrente decide, dentro do prazo concedido para tal, não

²⁰⁶ Com ressalva para o artigo 55-A do anteprojecto de revisão do CCP, tendo em atenção o princípio da proporcionalidade no que respeita a dívidas em matéria de impostos ou à Segurança Social.

submeter a sua proposta na plataforma por onde decorre o concurso público e envia-la por outro meio, por exemplo, através do correio electrónico da entidade adjudicante. Nos termos desta alínea n), do n.º 2 do artigo 146.º, esta proposta é excluída do concurso.

Será desejável a sanção desta irregularidade a requerer pela entidade adjudicante? Presumivelmente, a sua sanção implicaria a não prossecução de quase todos os princípios enformadores da contratação pública, sendo de destacar os princípios da intangibilidade das propostas, da concorrência, da imparcialidade, da boa-fé, da legalidade, entre outros, para além de que o júri teria a possibilidade de aceder a uma proposta antes da data e hora de abertura estipuladas.

Igual raciocínio se poderá realizar quando o programa do concurso preveja especificamente a não admissão de propostas variantes e o concorrente as submeta, mesmo assim. Não pode a entidade adjudicante admitir a sanção desta proposta que apresenta variantes à proposta base, já que violaria também todos os princípios anteriormente indicados.

Sendo que este raciocínio vale para que seja de impossível sanção sempre que o programa do concurso mencione a não aceitação de propostas variantes à proposta base, nos termos da alínea i), do n.º 2 do artigo 146.º do CCP.

Restam como possibilidades de sanção os motivos formais indicados nas alíneas d), e), f) e g), do n.º 2, do artigo 146.º²⁰⁷, que se reportam à questão de apresentação de propostas variantes.

Para além da possibilidade mencionada anteriormente, de que a apresentação de propostas variantes quando o programa do concurso o não admita, e que leva à exclusão dessa proposta, haverá a possibilidade de o programa do concurso admitir propostas variantes à proposta base apresentada.

²⁰⁷ Neste anteprojecto de revisão do CCP, é proposto a revogação da alínea h), do n.º 2 e o n.º 3 do artigo 146.º, indo no sentido de que estas irregularidades formais serem passíveis de sanção, ocupando, provavelmente, uma das variantes à proposta base o lugar de proposta base.

Pensa-se que a alínea f), do n.º 2 do artigo 146.º, onde é dito que é motivo de exclusão as propostas que sejam apresentadas como variantes quando estas não sejam admitidas pelo programa do concurso” é quase que replicada pela alínea i), que nos remete para o n.º 7 do artigo 59.º, que não sendo permitida a apresentação de propostas variantes pelo programa do procedimento, os concorrentes apenas podem apresentar uma única proposta.

Referindo-nos à parte final dessa alínea f), a apresentação de mais propostas variantes do que o permitido pelo programa do concurso poderá ser uma das irregularidades formais não essenciais que o anteprojecto se refira como de possível sanção.

Exemplificando, se um concorrente apresenta mais que uma proposta variante, poderá o júri do procedimento questionar esse concorrente²⁰⁸ quais as que quer manter, para que esse número de propostas variantes se mantenha dentro dos limites previstos no programa do concurso.

A alínea g), do n.º 2 do artigo 146.º do CCP refere o caso de um concorrente que não submeteu a proposta base e, ao invés, submete as variantes a essa proposta base, quando o programa do concurso admita a apresentação de propostas variantes.

Admitindo a sanção desta irregularidade formal por parte do concorrente, não se atinge, no entanto, como se resolve e como é possível em termos tecnológicos, num procedimento aquisitivo a tramitar em plataforma electrónica, a submissão de propostas variantes sem ter sido submetida a proposta base, nos termos do anexo II, da LPE, respeitante às regras de codificação das candidaturas, das propostas e das soluções submetidas pelos concorrentes.

²⁰⁸ Com o envio de um pedido de esclarecimento à proposta apresentada, nos termos do artigo 72.º do CCP.

A alínea e), do n.º 2 do artigo 146.º do CCP remete-nos para dois motivos de exclusão, que o Legislador entendeu enquadrá-las numa única alínea, se bem que até podem ter a ver um com o outro, como não²⁰⁹.

O primeiro desses motivos tem a ver com a assinatura da declaração de aceitação do caderno de encargos pelo representante do concorrente, representante do agrupamento ou por todos os membros de um agrupamento, em conformidade com o anexo I do CCP – n.ºs 4 e 5 do artigo 57.º do CCP. O outro, refere-se à possibilidade de apresentação de propostas que não sejam redigidas em língua portuguesa, mencionado nos n.ºs 1 e 2 do artigo 58.º do CCP.

Reportando-nos ao primeiro dos dois motivos de exclusão agora em estudo, este reporta-nos, de novo, para a LPE. Com a obrigatoriedade de utilização de plataformas electrónicas para procedimentos aquisitivos por concurso público, a assinatura autógrafa no documento é colocada como que em “segundo plano”, por assim dizer. E isto porque qualquer documento digitalizado, mesmo com assinatura autógrafa, passa a ser considerado uma cópia do documento original. A autenticidade da assinatura do documento digitalizado e submetido na plataforma electrónica passa a ser conferida pela assinatura electrónica qualificada.

A declaração do anexo I do CCP pode até nem conter qualquer assinatura autógrafa, pois em procedimentos aquisitivos tramitados em plataformas electrónicas a aposição de assinatura electrónica qualificada²¹⁰ em todos os documentos carregados e submetidos, é

²⁰⁹ É que uma coisa é a assinatura da declaração do Anexo I do CCP, em que, nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo 57.º, o que está em causa é a representação e o poder de quem assina tal documento perante o concorrente ou o agrupamento concorrente; outra coisa será qual a língua em que esse documento vem redigido. Por exemplo, o Anexo I apresentado por um concorrente, pode vir em língua que não o português, mas que quem o assina tem poderes de representação do concorrente.

²¹⁰ É, por exemplo, o que é referido no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 25/11/2011, relativo ao processo n.º 02389/10.4BELSB, ainda com o âmbito de aplicação da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho, já revogada, de onde se retira que “*Não deriva, todavia, do regime normativo convocado, mormente e em especial, dos arts. 57.º, n.ºs 1, al. a) e 4 e 146.º, n.º 2, als. d) e e) ambos do CCP, que a assinatura da declaração em questão haja ou tenha de ser manual ou digitalizada para que se mostre cumprida ou observada a exigência neles feita em termos de assinatura, porquanto tais preceitos carecem de ser concatenados com o demais quadro aplicável e que disciplina os procedimentos concursais nas*

condição legal obrigatória para a sua aceitação pelo júri do procedimento aquisitivo, sob pena da exclusão da proposta desse procedimento²¹¹.

A assinatura electrónica qualificada é a única com força probatória de documento particular assinado²¹².

Refere o n.º 1 do artigo 54.º da LPE que todos os documentos submetidos pelos concorrentes (e também pelas entidades adjudicantes) devem ser assinados com recurso a assinatura electrónica qualificada, sob pena de exclusão das propostas cujos todos os documentos não estejam assinados com a assinatura electrónica qualificada (n.º 5) e por quem tenha poderes²¹³. Caso o certificado digital utilizado não relacione o assinante com a sua função e poder, deve este concorrente submeter à (na) plataforma electrónica documento a comprovar tais poderes (n.º 7).

Na análise que faz às propostas recebidas, o júri verifica, primeiro, se todos os documentos que constituem a proposta de um concorrente estão assinados com recurso à utilização de assinatura electrónica qualificada²¹⁴, em conformidade com os n.ºs 4 e 5, do

plataformas electrónicas, sendo que à luz daquele a exigência de assinatura pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para o obrigar da declaração referida na al. a) do n.º 1 do art. 57.º do CCP deve ser feita por referência à assinatura electrónica tal como a mesma se mostra disciplinada e regulada pelo DL n.º 143-A/08 e pela Portaria n.º 701-G/08.” e que “(...) a assinatura ali prevista e exigida não será a assinatura manual ou digitalizada mas ao invés a assinatura electrónica (...).”

²¹¹ Nos termos do artigo 54.º, n.º 5 da LPE e do artigo 146.º do CCP.

²¹² Nos termos do artigo 376.º do Código Civil e do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril, que estabelece o regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital.

²¹³ Conforme Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30/01/2013, relativo ao processo n.º 01123/12, sobre a submissão de propostas em ficheiros “zipados” e onde se lê no sumário deste Acórdão o seguinte: “I - A mera apresentação de «3 pastas “zipadas”, cada uma contendo documentos e outras pastas que por sua vez contenham um conjunto de documentos, tendo procedido à assinatura digital de cada uma das pastas “zipadas”» não respeita a exigência do programa do concurso de envio sob assinatura electrónica qualificada de todos os documentos do concurso”.

²¹⁴ É no acto do carregamento das propostas nas plataformas electrónicas que todos os documentos são digitalmente assinados – n.º 3, do artigo 68.º da LPE – e que todos os documentos a submeter na plataforma electrónica tenham que ser assinados digitalmente, condição *sine qua non*. No entanto, utilizando técnicas de compressão, de agregação e desagregação de documentos, é possível a assinatura de apenas um ficheiro comprimido (vulgo “zipado”) deste tipo que é assinado e não todos os ficheiros (leia-se documentos) “zipados” que são assinados, o que leva à exclusão da proposta que utilize tais técnicas de compressão de ficheiros e documentos, pelo n.º 5, do artigo 54.º da LPE.

artigo 57.º do CCP e com o n.º 5 do artigo 54.º da LPE, ou, no caso do n.º 7 do artigo 54.º da LPE, se foi submetido na plataforma electrónica (juntamente com os outros documentos da propostas) o indicado documento que comprove a função e poder de assinatura de quem submete a proposta.

E é o n.º 5 do artigo 54.º da LPE que penaliza com a exclusão da sua proposta o concorrente que não assina electronicamente todos os documentos submetidos.

Em sede de análise às propostas, o júri sempre poderá solicitar a um concorrente que re-submeta os documentos que não tenham sido assinados electronicamente convenientemente, ou que submeta documento em falta que demonstre que quem submeteu os documentos na plataforma electrónica detém efectivamente os poderes necessários para tal, procedendo, assim, à sanação de uma proposta, não a excluindo do procedimento aquisitivo.

Com esta possibilidade aberta pelo anteprojecto coloca-se em crise diversos princípios basilares da contratação pública, como os princípios da imutabilidade e da estanqueidade das propostas submetidas no procedimento aquisitivo.

No entanto, sendo essa proposta possível de ser sanada e não excluída do procedimentos aquisitivo no âmbito do CCP, na sua possível nova articulação dada pelo anteprojecto, a mesma deverá, também de ser sanada à luz da LPE, o que pressupõe que, aquando da publicação do CCP revisto, deverá também a LPE ser alterada, para que não haja diplomas legais contraditórios entre si²¹⁵.

Referindo-se a este motivo de exclusão, adiante-se, por exemplo, a posição tomada no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo²¹⁶, no processo n.º 01028/15, de 3 de

²¹⁵ Isto com a necessidade de definição e esclarecimento pelo CCP revisto de que quais serão as formalidades essenciais e quais as não essenciais, passando estas apenas a meras irregularidades passíveis de sanação.

²¹⁶ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo n.º 01028/15, de 12/03/2015:

“2.6 (...) Em primeiro lugar, sendo o texto da lei que a prevê o elemento fundamental para identificar o tipo de formalidade cuja natureza se queira determinar – formalidades ad substantiam ou ad probationem ou, na terminologia dominante no direito administrativo, formalidades essenciais ou não essenciais – e sendo a regra

Dezembro de 2015, referindo que, na dicotomia doutrinal entre formalidades *ad substantiam*²¹⁷ ou formalidades *ad probationem*²¹⁸, ou seja, entre formalidades essenciais ou formalidades não essenciais, na terminologia do direito administrativo, reconduz a assinatura electrónica qualificada de todos os documentos que constituem uma proposta a uma formalidade *ad substantiam*²¹⁹. Sendo considerada essencial, quanto ao tipo e quanto à aposição individualizada da assinatura digital qualificada em cada documento, o não cumprimento dessa formalidade é insuprível de sanção²²⁰ e cominável com a exclusão da proposta do procedimento aquisitivo.

Sempre se diga que a questão das assinaturas nos documentos submetidos, e se quem os submeteu terá ou não poderes para tal, são dois dos motivos formais pelos quais os concorrentes mais recorrem nas pronúncias apresentadas em audiência prévia (e por via contenciosa) para que as propostas que não cumpram com o exigido legalmente sejam excluídas.

a de que são essenciais as formalidades legalmente impostas para a prática dos actos no procedimento administrativo, a simples invocação do texto do artigo 7.º do DL n.º 290-D/99 e das presunções que aí são estabelecidas não é de molde a fundar a tese, seguida pelas instâncias, de que a exigência de uma assinatura electrónica individualizada constante do artigo 27.º da Portaria n.º 701-G/2008 é um mero requisito ad probationem de uma vontade de concorrer determinável por outro modo.” Mais à frente, refere este Acórdão que “(...) tem sido decidido por este Supremo Tribunal que o modo de assinatura (...) é formalidade essencial, seja quanto ao tipo, seja quanto à aposição individualizada (...).”

²¹⁷ Posição também tomada pelo Tribunal Central Administrativo Sul, no processo n.º 8592/12, de 12 de Abril de 2012, e pelo Tribunal Central Administrativo Norte, nos processos n.º 430/14.0BEMDL, de 17 de Maio de 2015, e n.º 01028/15, de 3 de Dezembro de 2015.

²¹⁸ Como seguidores desta orientação, refira-se, por exemplo, os acórdãos do Tribunal Central Administrativo Norte, processos n.º 490/14.4BECBR, de 11 de Fevereiro de 2015, e n.º 619/11.4BEAVR, de 27 de Abril de 2012.

²¹⁹ Posição que o Supremo Tribunal Administrativo tinha já tomado partido no acórdão de 30 de Janeiro de 2013 (processo n.º 01123/12).

²²⁰ No seguimento do pensamento de DIOGO FREITAS DO AMARAL: “(...) o princípio geral do nosso direito é o de que todas as formalidades prescritas por lei são essenciais (...)” e que “(...) o acto será ilegal se não forem respeitadas todas as formalidades prescritas por lei (...)”, em Curso de Direito Administrativo, Vol II, Almedina, Coimbra, 2016, 3.ª Edição, pg. 385. Diferentemente, no sentido de aproveitamento dos actos, LUÍS VERDE DE SOUSA aponta para a sanção das propostas apresentadas sem que todos os documentos tenham sido assinados digitalmente se o “ (...) fim ou interesse específico visado pela norma violada for alcançado, a formalidade que, à partida era essencial (...) degrada-se em formalidade não essencial (...)” e que “(...) a teoria das formalidades não essenciais (...) surge como um mecanismo sensato e equilibrado, que permite moderar algumas consequências decorrentes da aplicação de um regime excessivamente formalista.(...)”, em “Alguns problemas colocados pela assinatura electrónica das propostas”, Revista de contratos públicos, n.º 9, CEDIPRE, 2013, pgs 66 e 92.

Quanto ao outro motivo de exclusão referenciado na alínea e), do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, é referido no n.º 1, do artigo 58.º do CCP a obrigatoriedade de apresentação em língua portuguesa dos documentos que enformam a proposta, ressalvando, no n.º 2 do mesmo artigo a possibilidade de apresentação noutra língua a definir pela entidade adjudicante no programa do concurso²²¹, relativos aos documentos que contenham os aspectos submetidos à concorrência e dos documentos que contenham os termos ou condições não submetidos à concorrência, respectivamente as alíneas b) e c), do n.º 1 do artigo 57.º do CCP.

Não se põe de parte a possibilidade de sanção desta irregularidade. No entanto, sempre se diga que, para além desta, a apresentação de uma proposta nestes termos poderá colidir com mais que uma regra do programa do concurso.

A questão prender-se-á se o concorrente submeter todos os documentos em língua que não aceite pelo programa do concurso²²². Excluir-se-á a proposta por não cumprir com o n.º 1 do artigo 58.º do CCP²²³, ou dar-se-á a possibilidade de o concorrente submeter novamente a proposta? Poderá ser assim este novo acto de submissão considerado como a submissão de uma nova proposta? E sendo o envio de uma nova proposta, não estaríamos perante uma submissão de proposta após o termos da sua entrega? Como ficaria esta nova submissão de proposta perante todas as outras que foram submetidas em conformidade com o programa de concurso e submetidas dentro do prazo para a sua submissão?

Por fim, pensa-se que o *focus* desta possibilidade de sanção de propostas pelos concorrentes por parte do júri, terá a ver mais com a sanção do motivo formal referido na alínea d), do n.º 1, do artigo 146.º do CCP, que manda excluir as propostas que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 57.º do CCP.

²²¹ Artigo 132.º, n.º 1, i) do CCP.

²²² Artigo 132, n.º 1: “O programa do concurso deve indicar: i) os documentos que constituem a proposta que podem ser redigidos em língua estrangeira, nos termos do n.º 2 do artigo 58.º”.

²²³ Artigo 58.º, n.º 1 do CCP: “Os documentos que constituem a proposta são obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa”.

De facto, no acto de submissão de proposta, na quantidade de documentos a digitalizar que enformam a sua proposta (desmesurada, por vezes, nalguns procedimentos), poderá acontecer que um concorrente se tenha esquecido de incluir um documento, ou não se tenha apercebido da falta de um documento a submeter, sendo esta falta notada apenas depois do prazo terminado para submissão de proposta ou quando recebe da plataforma electrónica o recibo da sua submissão e onde se elencam os documentos que foram submetidos.

Neste exemplo, podendo este concorrente ter apresentado ao procedimento aquisitivo a melhor de todas as propostas submetidas, e não ter submetido, por exemplo, o anexo I, esta deverá ser excluída nos termos da alínea d), do n.º 2 do artigo 146.º, com prejuízo do interesse público.

Sendo possível a sanção desta irregularidade, numa tentativa de aproveitamento de todas as propostas submetidas ao procedimento aquisitivo e querendo manter a maior concorrência e a maior escolha possíveis, poderá a entidade adjudicante optar pela manutenção dessa proposta e escolher como adjudicatária a que satisfaça melhor as suas necessidades e, conseqüentemente, a que sirva melhor a prossecução do interesse público.

Em suma, por tudo o quanto foi escrito neste ponto de análise, poder-se-á concluir que, em vez da delimitação e aclaração de questões controversas relativas à possibilidade de alteração dos documentos enformadores das propostas submetidas pelos concorrentes (via plataformas electrónicas) e a possibilidade de reenvio das mesmas a requerimento da entidade adjudicante para sua sanção, o anteprojecto, assim como foi dado a conhecer, promove a instabilidade do ordenamento jurídico da contratação pública, cria indefinições nas normas e discricionariedade no julgamento a efectuar pelo júri dos procedimentos aquisitivos, incrementando a litigiosidade pré-contratual, colocando em causa os princípios de contratação pública já anteriormente referidos, da concorrência, da estabilidade do procedimento e da intangibilidade (ou) imutabilidade das propostas.

18. A decisão da (não) participação no procedimento aquisitivo

Ao tomar conhecimento de um determinado procedimento aquisitivo pré-contratual, quer através do Diário da República Electrónico, quer através da plataforma electrónica de contratação pública onde tramitará o procedimento, quer ainda através das páginas da Internet da entidade adjudicante, um potencial interessado (e possível futuro concorrente) tem duas opções: ou não tem interesse nesse procedimento aquisitivo, e ignora, pura e simplesmente essa informação, ou tem interesse nele e tenta adquirir e aprofundar a informação do seu objecto de contratação, ao inscrever-se na plataforma electrónica respectiva, obtendo, assim, o estatuto de “interessado” em sentido restrito.

Ao obter o estatuto de interessado em sentido restrito, este interessado passará a ter o direito de participar no procedimento aquisitivo e de apresentar uma proposta.

Mas será que qualquer interessado inscrito num procedimento aquisitivo pretende efectivamente apresentar uma proposta? Por que motivo alguém se propõe a gastar recursos e depois não participar efectivamente no procedimento?

18.1. A submissão de uma (não) proposta e a manutenção da condição de concorrente

Ao preencher de um modo incompleto (ou preencher mal) o formulário principal disponibilizado pela plataforma electrónica, nomeadamente não preenchendo o campo do valor da proposta, ou colocando um valor no preço da proposta demasiado irrisório para que seja considerado uma declaração válida para negociar, e/ou não anexando a necessária declaração do anexo I do CCP, requerida pela alínea a), do artigo 57.º do mesmo Diploma legal, e, em vez dessa declaração, anexar apenas uma declaração do seu desinteresse desse procedimento aquisitivo ou anexar brochuras de apresentação, este interessado adquire o direito a ser incluído na lista de concorrentes.

A decisão de (não) participação no procedimento aquisitivo leva a que este “concorrente” submeta uma (não) proposta, que efectivamente o não é, nos termos previamente mencionados²²⁴. Pelo que se deverá considerar esta uma não-proposta.

Desnecessário também seria, obviamente, remeter para a entidade adjudicante uma declaração de intenções de não participação no procedimento aquisitivo (ou, por vezes, não apresentando sequer quaisquer razões do seu desinteresse nesse procedimento aquisitivo) através do canal próprio de submissão de propostas, e não através de outro canal à sua disponibilização, quer na plataforma electrónica²²⁵, quer por envio de mensagem por correio electrónico para a entidade adjudicante,. Até porque no Direito Civil o silêncio não tem valor negocial²²⁶.

E porque é que este interessado escolhe especificamente o canal próprio de submissão e envio de proposta e não um outro canal de comunicação com a entidade adjudicante? Nos termos do n.º 1 do artigo 61.º da LPE, as plataformas electrónicas disponibilizam canais de comunicação autónomos à tramitação do procedimento aquisitivo, entre interessados e entidades adjudicante, e vice-versa, onde aqueles podem interpelar, notificar e/ou comunicar com estas, enviando mensagens e anexando documentos que pretendam que estas entidades adjudicantes tenham conhecimento.

Também se poderá questionar a aceitação de uma proposta, validando-a como tal, cujo preço da mesma ultrapasse o preço base do procedimento aquisitivo, sabendo este concorrente, de antemão, que a sua proposta não será avaliada pelo júri do procedimento aquisitivo, nos termos da alínea d), do n.º 2 do artigo 70.º, por remissão da alínea o), do n.º 2 do artigo 146.º, ambos do CCP.

O único motivo que sobrevém é o de que, com a submissão destas pseudo-propostas (não-propostas), em que (i) não é submetida uma proposta nos termos definidos no CCP e

²²⁴ Conforme ponto 13.

²²⁵ Nos termos da alínea b), do n.º1 do artigo 24.º e do n.º 1 do artigo 61.º, ambos da LPE.

²²⁶ Conforme ponto 10.

na LPE; (ii) cujo preço é superior ao do preço base do procedimento aquisitivo; onde se poderá incluir (iii) as propostas que são submetidas para além do termo do prazo fixado (com as necessárias cautelas atrás explicadas); e (iv) não havendo base legal prevista para que essas não-propostas não sejam incluídas na lista de concorrentes, esse não-concorrente adquire o estatuto de concorrente e, conseqüentemente, o direito a ser incluído na lista de concorrentes, acedendo, assim, à tramitação e aos documentos produzidos durante o procedimento aquisitivo (por exemplo, os relatórios preliminar e final, embora com menor interesse) e às propostas dos outros concorrentes.

E manterá a qualidade de concorrente até final do procedimento aquisitivo, já que, após a data e hora estipuladas para abertura das propostas, e com a inserção das chaves encriptadas dos elementos do júri, todos aqueles que submeteram, pelo menos, o formulário principal (bem ou mal preenchido), são incluídos na lista de concorrentes.

Só após a abertura individualizada de cada proposta submetida é que o júri tem a possibilidade de análise das mesmas, verificando qual o preço de cada proposta submetida e qual ou quais os documentos que a compõem. Só neste momento é que o júri poderá validar se as propostas submetidas são propostas sérias, firmes e certas ou se serão essas propostas apenas não-propostas. Mas, nesta fase, já o júri vai tarde para excluir da lista de concorrentes esses “não-concorrentes” que submeteram “não-propostas”, pois esta foi já, automaticamente, elaborada pela plataforma electrónica²²⁷.

²²⁷ A plataforma Gatewit disponibilizava (agora com a licença caducada) e a plataforma Vortal disponibiliza um recurso de admissão/exclusão de propostas meramente informativa para o júri, já que não exclui efectivamente os concorrentes da lista de concorrentes elaborada pelas mesmas do procedimento aquisitivo, por imprevisibilidade legal, nem retirando a estes concorrentes excluídos a possibilidade continuada de acesso às outras propostas.

19. Conclusões

- I. O Direito da Concorrência tem vindo, ao longo destes anos, a cimentar uma posição de relevo na construção do ideário europeu, quer na aproximação das legislações de Direito interno de cada Estado-Membro, quer no esforço de dissociação dos critérios da subvenção dos Estados a entidades, na proibição de ajudas dos Estados, quer ainda na prossecução de defesa dos interesses dos consumidores;
- II. Para além disso, o combate à corrupção e ao conluio, bem como a prossecução de políticas de coesão e de igualdade sociais e económicas, as chamadas políticas secundárias, são também objectivos que a União Europeia prossegue, mas onde denota mais dificuldades de as implementar no espaço europeu, pelo que esta se tem socorrido, de entre outras matérias, da contratação pública para os atingir, nomeadamente através das Directivas de Contratação Pública.
- III. O princípio da concorrência, por seu lado, é um dos pilares estruturantes da contratação pública, colocando em pé de igualdade todos os que se apresentam a concurso a um determinado procedimento aquisitivo.
- IV. Como corolário deste princípio, quer as entidades adjudicantes quer os próprios concorrentes devem abster-se de tomar acções, ou não-acções, que violem ou distorçam esse mesmo princípio.
- V. As propostas são (têm que ser) obrigatoriamente constituídas, pelo menos, pelos seguintes documentos:
 - a. Declaração do concorrente de aceitação do caderno de encargos (ou das especificações técnicas) em conformidade com o modelo do anexo I do CCP, nos termos da alínea a), do n.º 1 do artigo 57.º;
 - b. Documentos que contenham os aspectos não submetidos e os aspectos submetidos à concorrência, nos termos das alíneas b) e c), do n.º 1, do artigo 57.º;
 - c. Formulário principal devidamente preenchido, nos termos dos artigos 66.º e 67.º, da LPE; por sua vez, o n.º 2 do artigo 70.º do mesmo Diploma legal

refere que o preenchimento completo do formulário principal é condição para que a proposta consiga ser submetida, sendo parte integrante da proposta.

- VI. Em procedimentos de contratação pública, os potenciais concorrentes que adotem acções, ou não-acções, que levem a que o princípio da concorrência seja violado, ou mesmo apenas distorcido ou desvirtuado, não devem fazer parte do procedimento aquisitivo a que, supostamente, pretendem concorrer.
- VII. A submissão de uma pretensa proposta que não seja constituída, pelo menos, pela declaração de vinculação ao caderno de encargos (ou às especificações técnicas) do procedimento aquisitivo a que concorre, a que se refere a alínea a), do artigo 57.º do CCP, e em que o formulário principal para submissão de proposta não esteja devidamente (ou minimamente) preenchido (nomeadamente a indicação do preço da proposta), bem como pretensas propostas cujo valor seja superior ao do preço base do procedimento aquisitivo e/ou sejam submetidas após o termo do prazo limite para a sua apresentação, podem indiciar que se poderá estar perante propostas que verdadeiramente o não são, ou seja, poder-se-á estar perante não-propostas.
- VIII. O júri, no seu trabalho de análise e avaliação às propostas apresentadas a um procedimento aquisitivo, deverá manter-se atento e sensibilizado perante propostas submetidas que efectivamente o não são, as agora consideradas “não-propostas”, nomeadamente quando estas não sejam constituídas por todos os documentos exigidos ou cujos preços apresentados sejam superiores ao do preço base do procedimento aquisitivo.
- IX. Estas práticas, não sendo violadoras do princípio da concorrência, distorcem e desvirtuam esse mesmo princípio, já que, através destas práticas, esses não-concorrentes obtêm informação privilegiada, de práticas e, por vezes, segredos comerciais, de know-how dos outros concorrentes, com custos relativamente baixos.
- X. Perante não-propostas, as mesmas deverão ser excluídas do procedimento aquisitivo, nos termos definidos no CCP, ou seja, excluídas quer por motivos

materiais, nos termos do n.º 2 do artigo 70.º, quer por motivos formais, nos termos do n.º 2 do artigo 146.º, ambos do CCP.

- XI. Adicionalmente, a exclusão de não-propostas de um procedimento aquisitivo deverá levar a uma outra penalização, a de o concorrente que submeteu essa não-proposta não fazer parte da lista de concorrentes desse procedimento aquisitivo.
- XII. Com esta dupla penalização, os pretensos concorrentes que apresentaram não-propostas deixarão de ter acesso à tramitação do procedimento e, mais importante ainda, deixarão de ter acesso às propostas dos outros concorrentes que, esses sim, apresentaram propostas sérias, firmes e certas, para que sejam avaliadas pelo júri do procedimento aquisitivo.
- XIII. Só assim o princípio da concorrência será aplicado na sua plenitude nos procedimentos aquisitivos de contratação pública cuja tramitação decorra em plataformas electrónicas de compras públicas.

20. Bibliografia referida

- Amaral, Diogo Freitas do, Curso de direito Administrativo, Vol II, Almedina, Coimbra, 2016, 3.ª edição.
- Gonçalves, Pedro Costa, “Eficiência e transparência na contratação pública: a contratação pública eletrónica”, “As reformas do sector público – Perspectiva ibérica no contexto pós-crise”, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.
- Guimarães, Rui Mesquita, “A contratação pública electrónica na “nova geração” de Directivas”, Revista de Contratos Públicos, n.º 11, Julho, 2016.
- Moncada, Luiz S. Cabral, “Novo Código do Procedimento Administrativo, anotado”, Coimbra Editora, 2015.
- Moreira, José Azevedo, “Os “Motivos de Exclusão” da Directiva 2014/24/UE”, Revista de Contratos Públicos, n.º 13, Julho, 2016.
- Oliveira, Mário Esteves e Rodrigo Esteves de, «Concursos e outros procedimentos de contratação pública», Edições Almedina, 2011.
- Rodrigues, Eduardo Raul Lopes, «O essencial da política da concorrência», Edições INA – Instituto Nacional de Administração, 2005.
- Rodrigues, Nuno Cunha Rodrigues, «A contratação pública como instrumento de política económica», Edições Almedina, 2015.
- Sampaio, Raquel, “Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública”, in Estudos de contratação pública, CEDIPRE IV, Coimbra Editores, 2008
- Silva, Jorge Andrade da, «Dicionário dos contratos públicos», Edições Almedina, 2010.
- Sousa, Luís Verde de, “Alguns problemas colocados pela assinatura electrónica das propostas”, Revista de Contratos Públicos, n.º 9, CEDIPRE, 2013.

- Sousa, Marcelo Rebelo de / Matos, André Salgado, «Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral», tomo III, Edições Dom Quixote, 2008.

21. Principais sítios de pesquisa na Internet

Autoridade da Concorrência – <http://www.concorrenca.pt>

European Free Trade Association (EFTA) – www.efta.int

Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção – www.impic.pt

[http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/Rel Anual Contratos Publicos 2011.pdf](http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/Rel_Anual_Contratos_Publicos_2011.pdf)

[http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/Rel Anual Contratos Publicos 2012.pdf](http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/Rel_Anual_Contratos_Publicos_2012.pdf)

[http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/Rel Anual Contratos Publicos 2013.pdf](http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/Rel_Anual_Contratos_Publicos_2013.pdf)

http://www.impic.pt/impic/assets/misc/pdf/RelContratosPublicos_2014.pdf

http://www.impic.pt/impic/assets/misc/pdf/RelContratosPublicos_2015.pdf

Jornal Oficial da União Europeia - <http://eur-lex.europa.eu>

Observatório das Compras Públicas - <http://www.contratacaopublica.com.pt/>

Observatório das Obras Públicas - <http://www.base.gov.pt/Oop/pt/Homepage>

Organização Mundial do Comércio - <https://www.wto.org/>

Portal base – www.base.gov.pt

SIMAP - simap.ted.europa.eu/pt

Sítio Web Oficial da União Europeia - <http://europa.eu>