



Newsletter

Centro de Estudos de Direito Público e Regulação

Número 16

Janeiro 2023

Coord.: Joana Neto Anjos



EDITORIAL

Por impulso do CEDIPRE e com a prestimosa e essencial colaboração do Professor Egon Bockmann Moreira, realizou-se em setembro de 2022 o Encontro Luso-Brasileiro de Professores de Direito Administrativo. Na ocasião, juntaram-se, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, académicos prestigiados dos dois países que refletiram sobre alguns dos temas mais relevantes do Direito Administrativo do nosso tempo: a segurança jurídica em tempos de incerteza; o consensualismo no Direito Administrativo; discricionariedade administrativa, fronteiras entre controlo e deferência judicial. O Encontro teve um sucesso ímpar no plano científico e representa, certamente, um marco na caminhada conjunta de professores dos dois países.

Pedro Álvaro P. Costa Kuschel.

JURISPRUDÊNCIA RECENTE DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Jurisprudência do TJUE

- **TJ: 12/05/2022, C-719/20**
Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Gestão dos resíduos — Adjudicação “in house” — Diretiva 2014/24/UE — Artigos 12.º e 72.º — Perda das condições de “controlo análogo” na sequência de uma concentração de sociedades — Possibilidade de o operador económico sucessor prosseguir a prestação de serviços
- **TJ: 16/06/2022, C-376/21**
Regulamento (UE, Euratom) 2018/1046 — Regulamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 — Inaplicabilidade aos contratos públicos adjudicados por Estados-Membros e financiados por recursos provenientes de Fundos Europeus Estruturais e de Investimento — Diretiva 2014/24/UE — Remissão direta e incondicional na legislação nacional para disposições do direito da União — Aplicabilidade a um contrato cujo valor estimado é inferior ao limiar fixado pela diretiva — Artigo 32.º, n.º 2, alínea a) — Faculdade de uma entidade adjudicante convidar um único operador económico a participar num procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio, após ter constatado o carácter infrutífero de um concurso aberto anterior — Obrigação de manter as condições iniciais do contrato sem introduzir alterações substanciais
- **TJ: 07/07/2022, C-213/21 e C-214/21**
Diretiva 2014/24/UE – Âmbito de aplicação – Artigo 10.º, alínea h) – Exclusões específicas para os contratos de serviços – Serviços de defesa civil, proteção civil e prevenção de riscos – Organizações ou associações sem fins lucrativos – Serviço de ambulância qualificado de serviço de urgência – Organizações de voluntariado – Cooperativas sociais

Jurisprudência dos Tribunais Administrativos

- **STA: 07/04/2022, 01513/20.3BELSB**
Recurso per *saltum* – artigo 361.º do CCP – plano de trabalhos – não previsão de todas as espécies de trabalhos exigíveis – exclusão da proposta – artigo 146.º, n.º 2, alínea d), do CCP
- **STA: 21/04/2022, 03/21.1BEBRG**
Critério de adjudicação – exclusão de propostas – preço parcelar – preço global
- **STA: 09/06/2022, 0872/21.5BEPRT**
Programa do concurso
- **STA: 05/05/2022, 01973/20.2BEPRT**
Tipificação das multas contratuais – artigo 307.º, n.º 2, alínea c), do CCP
- **STA: 23/06/2022, 0648/20.7BELRA**
Contratação pública – contencioso pré-contratual – interesse em agir
- **TCAS: 20/01/2022, 143/21.7BELSB**
Objeto do recurso – valoração das propostas – margem de “livre apreciação” da entidade administrativa decisora
- **TCAS: 03/02/2022, 25/21.2BEPRT**
Discricionariedade técnica na determinação do nível de experiência exigido – omissão de entrega de compromisso de terceiro – exclusão da proposta – artigo 70.º, n.º 2, alínea a), do CCP
- **TCAS: 17/02/2022, 776/21.1BELSB**
Apresentação de mero preço global de consumíveis por unidade hospitalar, sem individualização de preço mensal individualizado por cada tipologia de consumíveis e quantidades especificadas no caderno de encargos – apresentação de documento que prevê um código de cores dos panos de limpeza a utilizar diferente do previsto no caderno de encargos e apresentação de outro documento que não contraria esse mesmo código de cores
- **TCAS, 03/03/2022, 91/21.0BEFUN**
Omissão de termos e condições referentes a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência – exclusão da proposta
- **TCAS: 05/05/2022, 1834/21.8BELSB**
Concurso com prévia qualificação – requisitos mínimos de capacidade técnica – habilitações legais – Lei n.º 31/2009, de 03.07 – Engenheiros e Engenheiros Técnicos – ilegalidade documentos conformadores – princípios gerais – artigos 18.º e 58.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE – artigos 9.º, alínea d), 13.º, 26.º, n.º 1, 81.º, alínea f), e 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP – artigos 1.º-A, n.º 1, e 49.º, n.º 4, do CCP

CONTRATAÇÃO PÚBLICA

JURISPRUDÊNCIA RECENTE DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

- **TCAS: 19/05/2022, 1713/21.9 BELSB**
Exclusão de propostas – prazo de garantia – descrição dos bens – afastamento do efeito anulatório do contrato
- **TCAS: 19/05/2022, 2623/21.5 BEPRT**
Datas das notificações e comunicações – princípios da proporcionalidade e da igualdade
- **TCAS: 23/06/2022, 1706/21.6BELSB**
Exclusão de candidatura – Não apresentação de DEUCP em relação a entidade terceira
- **TCAS: 01/08/2022, 402/21.9BELRA**
Contencioso pré-contratual – intangibilidade das propostas – retificações admitidas – falta de apresentação documentos de habitação – caducidade da adjudicação – princípios da proporcionalidade, do favor do procedimento e da concorrência
- **TCAS: 25/08/2022, 112/21.7BEBJA-S1**
Pré-contratual – Incidente para adoção de medidas provisórias – Causa legítima de inexecução do contrato
- **TCAN: 14/01/2022, 01685/20.7BEPRT**
Especificações técnicas – referência a determinadas marcas comerciais – menção equivalente – artigo 49.º, n.ºs 7 a 9 do CCP
- **TCAN: 28/01/2022, 00967/21.5BEBRG**
Preço anormalmente baixo – aceitação de esclarecimentos – poderes de cognição dos tribunais
- **TCAN: 28/01/2022, 02152/20.4BEPRT**
Aspetos da execução do contrato – exclusão de proposta – argumento “a maiori ad minus”
- **TCAN: 28/01/2022, 00321/21.9BECBR**
Concurso – empreitada para instalação de sistema fotovoltaico – programa do concurso – valores mínimos – discrepâncias formais nas propostas – artigo 70.º, n.º 2, alínea b), do Código dos Contratos Públicos – exclusão – interpretação autêntica das peças do concurso – discricionariedade técnica – discricionariedade administrativa – memória descritiva – certificação de homologação
- **TCAN: 11/02/2022, 02524/21.7BEPRT-S1**
Contencioso pré-contratual – Âmbito objetivo – não existência de efeito suspensivo automático em ação em que não se impugne do ato de adjudicação
- **TCAN: 10/03/2022, 00399/21.5BEAVR**
Violação de parâmetros base do caderno de encargos – 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP – não satisfação de exigência constante das peças do procedimento sobre o plano de trabalhos – 70.º, n.º 2, alínea a), do CCP
- **TCAN: 10/03/2022, 00950/21.0BEPRT**
Caderno de encargos – interpretação de cláusula – apreciação técnica das propostas – exclusão de proposta – discricionariedade técnica – discricionariedade administrativa – separação de poderes – reserva da atividade administrativa – princípios da legalidade, da livre concorrência e da igualdade e não discriminação – artigos 71.º, n.º 1, alínea b), 49.º e 51.º do CCP – artigo 3.º, n.º 1, do CPTA – artigo 111.º, n.º 1, da CRP
- **TCAN: 08/04/2022, 01261/21.7BEPRT**
Retificação das peças do procedimento
- **TCAN: 29/04/2022, 00339/21.1BECBR**
Concurso público – serviços de vigilância e segurança humana – exclusão da proposta – incumprimento das obrigações laborais – artigo 1.º-A, n.º 2, e artigo 70.º, n.º 2, alínea e), do CCP – esclarecimentos – n.º 2 do artigo 72.º do CCP – princípio da concorrência – preço anormalmente baixo – possibilidade de obter um auxílio de estado – alínea e) do n.º 4 do artigo 71.º do CCP – apresentação de documento não discriminativo do trabalho prestado em dias úteis e ao fim-de-semana – artigos 57.º, n.º 1, alínea c), e 70.º, n.º 2, alínea a), do CCP
- **TCAN: 29/04/2022, 00681/10.7BEPNF**
Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho – contrato de concessão municipal de serviço público de abastecimento de água domiciliária e captação e tratamento de efluentes – decisão arbitral – incumprimento dos ónus impugnatórios da matéria de facto – invalidade do contrato de concessão – erro na declaração – princípio da conformidade do clausulado contratual às peças do procedimento – falta de fim público

JURISPRUDÊNCIA RECENTE DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

- **TCAN: 13/05/2022, 01637/21.0BEPRT**
Concurso público – assinatura eletrônica qualificada – procuração – exclusão de proposta – Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 02.08 – n.º 4 do artigo 57.º e do artigo 146.º, n.º 2, alíneas d) e e), do CCP
- **TCAN: 13/05/2022: 00039/14.9BEMDL-S1**
Regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público, e aprova as respetivas bases – Base XXVIII – caducidade do direito a exigir valor mínimo garantido

Jurisprudência do Tribunal de Contas

- **TdC: 1.ª S/PL, 04/01/2022, 1/2022**
Artigo 42.º, n.º 2, do CCP – conteúdo do caderno de encargos em caso de manifesta simplicidade das prestações – artigo 135.º, n.º 2, do CCP – redução do prazo mínimo de apresentação das propostas em caso de manifesta simplicidade dos trabalhos
- **TdC: 1.ª S/PL, 25/01/2022, 4/2022**
Formalidade essencial – formalidade não essencial – regime de suprimento – assinatura – proposta – tradução legalizada
- **TdC: 1.ª S/SS, 04/02/2022, 5/2022**
Falta de indicação, nos contratos sujeitos a redução a escrito, do ato de adjudicação e do ato de aprovação da minuta do contrato – não demonstração de inscrição de cabimento e de compromisso orçamental – não apresentação, pela entidade adjudicante, da documentação de suporte à comprovação das disponibilidades de tesouraria solicitada
- **TdC: 1.ª S/SS, 08/02/2022, 6/2022**
Cessão da posição contratual por incumprimento do cocontratante – artigo 318.º-A do CCP
- **TdC: 1.ª S/SS, 22/02/2022, 8/2022**
Habilitação – categoria, subcategoria e classe do alvará – direito de invocar a capacidade de terceiros – necessidade de a própria adjudicatária deter contendo subcategoria em classe que cubra o valor global da obra
- **TdC: 1.ª S/SS, 15/03/2022, 10/2022**
Distinção entre atributo e documento necessário para a sua comprovação – suprimento de irregularidades – artigo 72.º, n.º 3, do CCP – documento apresentado em língua inglesa, em violação do previsto no CCP e no programa do procedimento – dever de convite ao suprimento da irregularidade nos termos do artigo 72.º, n.º 3, do CCP
- **TdC: 1.ª S/SS, 03/06/2022, 18/2020**
Setor da defesa – contratação – Diretiva 2009/81/CE – Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro – contratos excluídos – contratação excluída – aplicação subsidiária do CCP
- **TdC: 1.ª S/SS, 07/06/2022, 20/2022**
Ajuste direto – artigo 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP (motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis) – incumprimento da redução a escrito do contrato – ausência de demonstração da documentação financeira de suporte dos encargos do contrato
- **TdC: 1.ª S/SS, 10/05/2022, 14/2022**
Alteração substancial do contrato – contrato de concessão de serviço público de transporte rodoviário de passageiros – contrato plurianual – cláusulas modificativas – cálculo da compensação por obrigações de serviço público – ónus da prova – circunstâncias imprevistas – competência da Assembleia Municipal – parecer da Autoridade da Mobilidade e Transportes

A Jurisprudência mencionada encontra-se disposta por ordem cronológica de publicação e, pela sua relevância, é objeto de análise no n.º 29 e 30 da Revista de Contratos Públicos

CONTRATAÇÃO PÚBLICA

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA



Paulo Linhares Dias, Pedro Melo, *Comentário ao Regime Jurídico dos Contratos Públicos da Região Autónoma dos Açores - Legislação Anotada*, Almedina, 2022



Pierre Pintat, *La Réception de travaux: Marchés privés - Marchés publics - Autres contrats*, Le Moniteur, 2022



Pedro Fernández Sánchez, *A Revisão de 2022 do Regime de Formação e Execução de Contratos Públicos*, AA-FDL, 2022



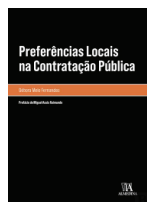
Jaime Domínguez-Macaya Laurana, *La contratación pública electrónica. Efectos derivados de su especialidad normativa*, Wolters Kluwer España, 2022



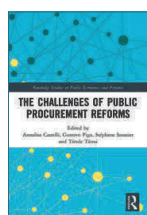
Miguel Assis Raimundo, *Direito dos Contratos Públicos – Vols. I e II*, AA-FDL, 2022



Andrés Valenzuela Concha, *Teoría de la Imprevisión en las compras públicas en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República*, DER Ediciones, 2022



Débora Melo Fernandes, *Preferências Locais na Contratação Pública*, Almedina, 2022



Annalisa Castelli, Gustavo Piga, Stéphane Saussier, Tünde Tátrai, *The Challenges of Public Procurement Reforms*, Routledge Studies in Public Economics and Finance, Routledge, 2022



William Sims Curry, *Contracting for Services in State and Local Government Agencies: Best Practices for Public Procurement*, Routledge, 2022



Robert Kikidi Mbose Kama, *Public Procurement: Regulations, Institutions, Methods and Procedures*, Our Knowledge Publishing, 2022



RCP | Nº 29

REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

Breve nota de abertura

PEDRO COSTA GONÇALVES

DOCTRINA E COMENTÁRIO

Ilegalidades pré-contratuais e afastamento do efeito anulatório do contrato público

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA

“De volta a uma fronteira turbulenta” – alguns consensos e algumas questões em aberto sobre transparência e sigilo na contratação pública

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO

Entre a igualdade concorrencial e o interesse público contratual: questões suscitadas pela aplicação proporcional de algumas causas de exclusão de propostas

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

Da adjudicação ao contrato – a tutela da concorrência sem concorrentes em jogo

RAQUEL CARVALHO

Contratação pública e corrupção .

FERNANDO OLIVEIRA SILVA

SÍNTESES DE JURISPRUDÊNCIA





Rui Mesquita Guimarães

Advogado

Colaborador da Newsletter do CEDIPRE

O (Des)Formalismo do Regime de Contratação Pública

O Código dos Contratos Públicos, na versão aprovada pelo Decreto-lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, trouxe-nos a ideia de um “Código”, que apesar de introduzir um novo vocabulário na contratação pública, a cuja habituação e apropriação nem sempre se mostrou fácil, foi, cremos poder dizê-lo, considerado consensualmente uma peça coerente e sistematizada.

A sua implementação foi, nos primeiros anos da sua aplicação, gerando uma crítica no meio jurídico: o seu excessivo formalismo. Este formalismo, concede-se, implicou, não raras vezes, que, nos procedimentos abertos, o adjudicatário acabasse por ser, frequentemente, o concorrente mais preparado para elaborar propostas e não necessariamente o concorrente mais capacitado a executar o contrato.

A par desta primeira crítica, foi emergindo uma convicção, predominantemente de carácter social (que se mantém), sobre a excessiva flexibilidade do Código em matéria de admissão de adoção do procedimento de ajuste direto, designadamente, com fundamento no critério do valor e, ainda relacionado, com a possibilidade de adjudicação de um número alargado de contratos a uma mesma entidade.

Estes dois aspetos – a par da transposição das Diretivas de 2014 –, foram (e têm sido) o mote e o móbil das alterações mais relevantes ao Código relativas à fase de formação dos contratos, geradoras, quanto ao primeiro aspeto, de uma atenuação do formalismo do Código e, quanto ao segundo aspeto, de um agravamento do formalismo.

Iniciando pelo último – excessiva flexibilidade do Código em matéria de admissão de adoção do procedimento de ajuste direto, com fundamento no critério do valor, as revisões ao Código determinaram alterações em duas dimensões: *(i.)* na dimensão dos limiares de admissão do recurso ao ajuste direto e; *(ii.)* na dimensão da adjudicação repetida de contratos aos mesmos operadores económicos.

No que respeita aos limiares:

- a. A revisão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho, modificou os limites de recurso ao ajuste direto dos organismos de direito público que na redação originária estavam sujeitos (apenas) aos limiares das Diretivas para a formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços e aos limiares de até 1.000.000,00€ para a formação de contratos de empreitada, tendo passado a aplicar-se os limites aplicáveis à generalidade das entidades do n.º 1 do artigo 2.º do CCP (isto é, até 75.000,00€ para a formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços e de até 150.000,00€ para a formação de contratos de empreitada); e
- b. A revisão introduzida pelo Decreto-lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, instituiu o procedimento de consulta prévia que, apropriando aqueles limites, trouxe os limites da adoção do ajuste direto com fundamento no critério do valor para até 20.000,00€ (para a formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços) e para até 30.000,00€ (para a formação de contratos de empreitada).

.../...

Já no que respeita à adjudicação repetida ao mesmo operador económico:

- a. A revisão introduzida pelo Decreto-lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, suprimiu ao n.º 2 do artigo 113.º a referência “cujo objeto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar”; e
- b. A revisão introduzida pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, aditou o n.º 6 ao artigo 113.º que alargou às entidades especialmente relacionadas os impedimentos de serem convidados a apresentar proposta.

Efetivamente, o “clamor” social decorrente da sensação da adjudicação dos contratos, através de ajuste direto, por razões ímpias à prossecução do interesse público, determinaram uma relevante restrição nas regras de adoção deste procedimento^{1/2}. Isto, apesar de não se conhecer uma qualquer análise da adequabilidade dos limiares que seja suscetível de concluir por um benefício ao nível da eficácia, eficiência e economicidade, que tenha atendido, designadamente, por um lado, à vantagem concorrencial e patrimonial decorrente da realização de procedimentos abertos e, por outro lado, aos custos administrativos – maior alocação de recursos humanos e delonga na satisfação da necessidade a prover por via do contrato a celebrar – e contenciosos. Acresce que se mantém um modelo que, na definição dos limiares, desconsidera a realidade das entidades adjudicantes e das características dos contratos que celebram (com exceção daquela decorrente dos setores gerais e especiais), que não têm em consideração as diferentes realidades orçamentais (em que o aumento e diminuição dos limiares tivesse em consideração o orçamento gerido, acompanhado de um inversamente proporcional aumento ou diminuição das regras de realização de despesa)³.

Já no que respeita à atenuação do formalismo, o Decreto-lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto aditou dois novos números (os n.ºs 3 e 4, passando o anterior n.º 3, para n.º 5). Com o novo n.º 3, fixou-se uma metodologia para o suprimento de irregularidades “causadas por preterição de formalidades não essenciais e que careçam de suprimento”, designadamente “a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura”, impondo como limitação que o suprimento “não afete a concorrência e a igualdade de tratamento”. Já com o n.º 4, introduziu-se no CCP a obrigação de retificação oficiosa pelo júri do procedimento “de erros de escrita ou de cálculo contidos nas candidaturas ou propostas, desde que seja evidente para qualquer destinatário a existência do erro e os termos em que o mesmo deve ser corrigido”. Em face das dúvidas geradas quanto ao teor e alcance do n.º 3, na mais recente revisão ao Código (pelo Decreto-lei n.º 78/2022, de 7 de novembro), procedeu-se à alteração daquele n.º 3, passando a prever-se que:

“O júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento de irregularidades formais das suas candidaturas e propostas que careçam de ser supridas, desde que tal suprimento não seja suscetível de modificar o respetivo conteúdo e não desrespeite os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência, incluindo, designadamente:

- a) A não apresentação ou a incorreta apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da candidatura ou da proposta, incluindo as declarações dos anexos i e v ao presente Código ou o Documento Europeu Único de Contratação Pública;

¹ É certo que este agravamento tem sido acompanhado de exceções como o são aquelas previstas na Lei do Orçamento do Estado 2022, de que são exemplos os seus artigos 148.º e 149.º.

² Sobre o tema, cfr. PEREIRA, Pedro Matias, “Procedimentos fechados no contexto de emergência e de estabilização”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 24 (agosto, 2020), Almedina, Coimbra, pp. 195 a 214,

³ Sobre este tema, cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, GOMES, Noel Gomes, SILVA, Hugo Flores da, GUIMARÃES, Rui Mesquita, PEREIRA, Pedro Matias, 40 anos de finanças locais democráticas: o balanço possível, o in “Jornadas dos 40 anos do Poder Local”, AEDRL, Braga, 2017.

.../...

- b) A não junção de tradução em língua portuguesa de documentos apresentados em língua estrangeira;
- c) A falta ou insuficiência da assinatura, incluindo a assinatura eletrónica, de quaisquer documentos que constituam a candidatura ou a proposta, as quais podem ser supridas através da junção de declaração de ratificação devidamente assinada e limitada aos documentos já submetidos.”

Ora, com esta última alteração, o legislador deixa cair a referência a formalidades “não essenciais” – corrigindo uma redação menos feliz da alteração introduzida em 2017 – e alarga, exemplificativamente, os casos em que deverá ser promovido o suprimento de irregularidades.

Assiste-se, portanto, a uma crescente desresponsabilização dos candidatos/concorrentes na apresentação das propostas. Efetivamente, com as alterações introduzidas, passa-se “do 8 para o 80”, levando o suprimento de irregularidades, diremos nós, que podem levar a casos extremos⁴ (ao que iremos). Com efeito, o alargamento dos casos de suprimento, constituindo uma resposta a situações de exclusão tidas por “injustas” de candidaturas/propostas e até à normatividade de algumas decisões jurisprudenciais⁵, imporia, quanto a nós, um afastamento do legislador do caso concreto, sob pena de, numa posterior revisão, outras situações que determinem a exclusão das propostas e que sejam igualmente tidas por “injustas”, tenham por consequência o simples aumento o elenco exemplificativo (à semelhança do que sucedeu nesta revisão).

Feita esta referência geral, entrando nas hipóteses da norma atente-se, desde logo, na (pelo menos aparente) contradição entre o prómio do n.º 3, na parte em que prevê que o suprimento “não seja suscetível de modificar o seu conteúdo [da candidatura/proposta]” e a possibilidade de apresentação, em sede de suprimento, do Documento Europeu Único de Contratação Pública. Veja-se que o DEUCP contém, entre outras informações, a identificação de subcontratados que o concorrente pretende mobilizar para a execução do contrato, sendo que, caso essa indicação – se haverá lugar a subcontratação e quem é o subcontratado – não resulte de outro documento da proposta, a sua indicação posterior com a junção do DEUCP, alterará o conteúdo da proposta. Não deixa de se notar que, interpretada à letra aquela limitação, não será possível a apresentação, em sede de candidatura, por exemplo, do IES relativo a um dos anos que antecede o ano da sua apresentação, pois apesar de ser um documento que se limita a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da candidatura, determina a modificação da mesma.

Da mesma forma e tomando unicamente como pressuposto de análise o disposto na al. a) do n.º 3 do artigo 72.º, afigurar-se-á não existir coincidência entre a referência à supressão de irregularidades na circunstância de não apresentação ou de “incorreta apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da candidatura ou da proposta” e os exemplos referidos na norma, pois os documentos em causa não se limitam a comprovar factos ou qualidades anteriores. No que

⁴ Nesta matéria, também a jurisprudência vem contribuindo para esta evolução, tendo sido, nos tempos mais recentes, diversos os acórdãos que (pelas palavras que transcreveremos, ou outras idênticas) conclui que “(a) exclusão de uma proposta reduz a concorrência. Logo as hipóteses de exclusão das propostas devem ser reduzidas ao mínimo necessário, de forma a garantir o mais amplo possível leque de propostas”, sendo que “(e)ste mínimo necessário traduz-se precisamente em apenas permitir a exclusão nos casos expressos previstos na lei (tipificação dos casos de exclusão) e interpretar estas normas de forma restritiva e não extensiva e, menos ainda, analógica” (entre outros, os Acórdãos do TCA Norte, de 16.02.2018, proferido no âmbito do Processo n.º 01335/16.6BEBRG, e de 19.02.2021, proferido no âmbito do Processo n.º 00731/20.9BELSB).

⁵ A este respeito: sobre a possibilidade de apresentação posterior do Documento Europeu Único de Contratação Pública, o Acórdão do TCA Sul, de 18.12.2019, proferido no âmbito do Processo n.º 357/18.7BEFUN; sobre a possibilidade de apresentação posterior de tradução legalizada de documentos das propostas, o Acórdão do TdC, n.º 23/2021, de 06.10.2021, proferido no âmbito do Processo n.º 1446/2021; sobre o suprimento da falta ou insuficiência da assinatura, o Acórdão identificado quanto à possibilidade de apresentação posterior de tradução legalizada de documentos das propostas.

.../...

respeita à al. b), afigura-se que se está a autorizar um suprimento de uma “formalidade” que o CCP não prevê para as propostas, pois o artigo 58.º, relativo ao idioma dos documentos, prevê um mecanismo diferente para documentos em idioma distinto do português: a necessidade de, no convite ou programa do procedimento, se identificarem os documentos cuja apresentação em idioma distinto é admitido e os idiomas admitidos – sendo que a apresentação de traduções apenas está prevista para os documentos de qualificação e habilitação⁶. Veja-se, aliás, que a al. e) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, apenas prevê a exclusão das propostas que não cumpram o disposto nos “nos n.ºs 1 e 2 do artigo 58.º”.

Ora, com a alteração introduzida está aberta a possibilidade de ser apresentada uma candidatura/proposta que não é constituída pelo Anexo I (ou o documento equivalente), pode ser apresentada integralmente em idioma que não o português e pode estar omissa de qualquer assinatura ou pode ter sido assinada por pessoa sem poderes para o efeito e, ainda assim, se tratará de candidatura/proposta a não excluir.

Sendo legítima a preferência do legislador pela manutenção no procedimento de formação do contrato do maior número de candidaturas/propostas, a questão é se essa preferência foi devidamente ponderada em relação aos impactos procedimentais que a supressão destas “irregularidades” pode ter (designadamente, relacionados com o tempo do procedimento).

E em qualquer destes casos (total ou parcialmente) e levando ao extremo as hipóteses, é de questionar: será que uma candidatura/proposta que se apresente naquelas condições e que tenha sido apresentada um minuto antes do termo do prazo para apresentação das candidaturas/propostas deve ser admitida face a outra que tendo sido apresentada um minuto após o termo do prazo de apresentação cumpre com todas as demais exigências, deverá ser excluída? Admitir a primeira e excluir a segunda será conforme os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência? Temos sérias dúvidas que assim seja, isto é, que cumpra com estes princípios, mas caso se venha a entender que não cumpre, então difícil será traçar os limites.

Crê-se, em jeito de nota final, que a crítica do excesso de formalismo do Código que levou a esta sua severa atenuação, conduzirá, nos próximos anos, a uma perceção de exacerbada permissividade que, qual efeito-pêndulo, nos levará de volta a uma solução novamente formalista, sem que, com estas oscilações, se obtenha o necessário equilíbrio do regime.

⁶ Não se desconhece que a jurisprudência tem adotado o entendimento de que os documentos da candidatura/proposta são suscetíveis de tradução (veja-se, entre outros, os Acórdãos do TCAN, de 18.05.2018, proferido no âmbito do Processo n.º 00771/17.5BEAVR e o Acórdão do TCAS, de 09.11.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 418/16.7BECTB), no entanto, não é essa a hipótese prevista no artigo 58.º do CCP (o que resulta claro da interpretação conjugada do artigo 58.º do CCP, com o artigo 169.º, também do CCP).



[/fduc.cedipre](https://www.facebook.com/fduc.cedipre)



RCP | Nº 30 REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

DOCTRINA E COMENTÁRIO

Compra Pública Inovadora
PEDRO CERQUEIRA GOMES

Contratos reservados e contratação de proximidade
JOSÉ AZEVEDO MOREIRA

A não adjudicação
RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA

Controlo da contratação pública pelo Tribunal de Contas
MARGARIDA OLAZABAL CABRAL

Relicitação: a lógica jurídico-económica por trás do instituto
NATALIA RESENDE ANDRADE ÁVILA,
EGON BOCKMANN MOREIRA

A revisão extraordinária de preços nos contratos de empreitada – Decreto-Lei n.º 36/2022
BRUNO TABAIO

SÍNTESES DE JURISPRUDÊNCIA



João Filipe Graça

Advogado

Colaborador da Newsletter do CEDIPRE

Peças Tipo para os Procedimentos de Formação dos Contratos de Gestão de Eficiência Energética

Através da Portaria n.º 671/2022, de 9 de setembro, foram aprovadas as peças tipo para o lançamento de procedimentos pré-contratuais cujo objeto vise a celebração de *Contratos de Gestão de Eficiência Energética* (“CGEE”), contratos que se encontram regulados nos termos do Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de junho¹, e que, face ao disposto no artigo 19.º do mencionado diploma, se exige a necessidade da aprovação de peças tipo.

As peças tipo agora aprovadas surgem, também, como um mecanismo associado aos desafios que caracterizam o sector energético, em particular a produção de energia renovável descentralizada, sendo prova desta realidade o crescimento exponencial da instalação de *Unidades de Produção para Autoconsumo* (“UPAC’s”), as quais podem surgir, por sua vez, associadas a *Comunidades de Energia Renovável* ou a *Autoconsumo Coletivo*, realidades previstas no Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro². É neste contexto, associado a UPAC’s, que o Legislador, no domínio dos CGEE, visa implementar medidas de eficiência energética, tal como decorre do artigo 2.º/1 do Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de junho,

Um dos aspetos centrais do regime associado ao lançamento de um procedimento pré-contratual para a celebração de um CGEE é a necessidade de o contrato ser celebrado com uma *Empresa de Serviços Energéticos* (ESE), operador económico que deve estar prévia e devidamente qualificado no âmbito do Sistema de Qualificação de ESE’s, referido no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de junho, e instituído pelo Despacho n.º 6227/2022, de 18 de maio³, podendo as ESE’s qualificadas ao abrigo do referido Sistema de Qualificação ser consultadas no site da Direção-Geral da Energia e Geologia. Por outro lado, também impõe o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de junho, que, antes de ser adotada a decisão de contratar de um CGEE, deve a Entidade Adjudicante realizar uma consulta preliminar ao mercado, na aceção do artigo 35.º-A do Código dos Contratos Públicos (“CCP”), cuja finalidade é a de identificar os potenciais de poupança e de eficiência energética.

No que diz respeito ao concreto procedimento pré-contratual a ser adotado pela Entidade Adjudicante, decorre do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de junho, e do artigo 2.º/1 da Portaria n.º 671/2022, de 9 de setembro, que tal procedimento deverá corresponder a um concurso limitado por prévia qualificação ou de negociação, nos termos do n.º 1 do artigo 245.º do CCP. Contudo, as peças tipo aprovadas pela Portaria n.º 671/2022, de 9 de setembro, nada referem relativamente (i) à fase de qualificação dos candidatos, nada sendo referido relativamente a requisitos mínimos de capacidade técnica e/ou requisitos mínimos de capacidade financeira; (ii) documentos de habilitação ou (iii) a celebração do contrato. Naturalmente, e tratando-se de peças tipo, deverão as Entidades Adjudicantes modelar os concretos procedimentos pré-contratuais com as especificidades associadas a cada procedimento pré-contratual, aplicando, subsidiariamente, as disposições constantes do Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de janeiro, bem como as disposições do CCP.

¹ Diploma que estabelece o regime jurídico dos contratos de gestão de eficiência energética a celebrar entre o Estado e as empresas de serviços energéticos.

² Diploma que estabelece a organização e o funcionamento do Sistema Eléctrico Nacional.

³ Diploma que aprova o Regulamento do Sistema de Qualificação de Empresas de Serviços Energéticos (SQESE) e revoga o Despacho Normativo n.º 15/2012, de 3 de julho.

Outro aspeto relevante plasmado na Portaria n.º 671/2022, de 9 de setembro, prende-se com a necessidade de os procedimentos pré-contratuais subjacentes à celebração dos CGEE serem tramitados através de plataforma eletrónica (artigo 9.º/2), realidade que determina o cumprimento da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto⁴. Neste contexto, pode surgir a dúvida em saber que ESE's qualificadas devem ser convidadas a apresentar proposta, desde logo porque existem 3 tipos (níveis) de ESE's, diferenciação que ocorre em função do valor de referência do consumo energético anual dos edifícios ou equipamentos objeto de CGEE. Por outro lado, é necessário não esquecer que o artigo 14.º do Despacho n.º 6227/2022, de 18 de maio, estabeleceu uma norma transitória no que diz respeito à vigência da qualificação das ESE's, ao abrigo do anterior Sistema de Qualificação, instituído pelo Despacho Normativo n.º 15/2012, de 3 de julho.

Por outro lado, verifica-se uma verdadeira alteração de paradigma no que diz respeito à *auditoria energética*⁵. Recorde-se que no regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 29/2011, de 28 de fevereiro⁶, revogado pelo Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de junho, a realização da auditoria energética era realizada apenas pelos Concorrentes cujas propostas iniciais fossem selecionadas para a apresentação de uma proposta final (al. c) do n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 29/2011, de 28 de fevereiro). Atualmente, a auditoria energética surge como um documento da proposta, exigida a todos os Concorrentes, nos termos do artigo 8.º e da al. b) do n.º 1 do artigo 10.º da Portaria n.º 671/2022, de 9 de setembro, sendo que nos termos do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de junho, as auditorias energéticas devem ser suportadas pelos próprios Concorrentes.

Por fim, salientar que também se procedeu a uma alteração no que diz respeito ao prazo contratual subjacente à celebração de um CGEF, que, diga-se, mais não é do que um contrato de concessão – com os impactos que daí decorrem, designadamente para os Municípios e em particular no que diz respeito da aprovação das peças do procedimento, face ao disposto na al. p) do n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro⁷. Com efeito, nos termos da Cláusula 7.ª/1 da Portaria n.º 60/2013, de 5 de fevereiro⁸ (Portaria que foi revogada pela Portaria n.º 671/2022, de 9 de setembro), o prazo contratual não podia, em qualquer caso, ser superior a 16 anos a contar da data da produção dos efeitos do contrato. Contudo, o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de junho, acabou por fixar como prazo contratual um prazo que deve ser fixado em função do período necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pela ESE, não podendo ser inferior a 15 anos.

⁴ Diploma que regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública.

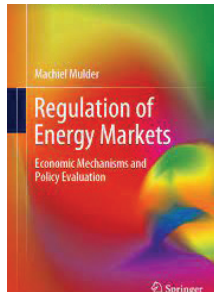
⁵ Nos termos do n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de junho, a auditoria energética “*destina-se a obter os conhecimentos adequados sobre o perfil atual de consumo de energia dos edifícios ou equipamentos afetos à prestação de serviços públicos objeto de intervenção e a identificar e quantificar as oportunidades de economias de energia com boa relação custo-eficácia, com vista à elaboração da proposta final*”.

⁶ Diploma que estabeleceu o regime jurídico aplicável à formação e execução dos contratos de desempenho energético que revistam a natureza de contratos de gestão de eficiência energética, a celebrar entre as entidades públicas e as empresas de serviços energéticos.

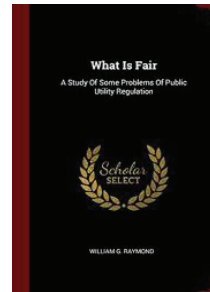
⁷ Diploma que estabelece o regime jurídico das autarquias locais, aprova o estatuto das entidades intermunicipais, estabelece o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais e aprova o regime jurídico do associativismo autárquico.

⁸ Diploma que aprovou o caderno de encargos tipo dos procedimentos para a formação de contratos de gestão de eficiência energética.

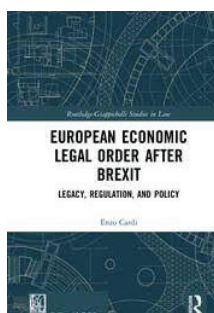
NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS DE REGULAÇÃO PÚBLICA



Machiel Mulder, *Regulation of Energy Markets: Economic Mechanisms and Policy Evaluation*, Springer, 2023



William G Raymond, *What Is Fair: A Study Of Some Problems Of Public Utility Regulation*, Legare Street Press, 2022



Enzo Cardì, *European Economic Legal Order After Brexit*, Routledge, 2023



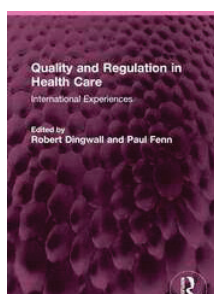
OCDE, *Better Regulation Practices across the European Union 2022*, OCDE, 2022



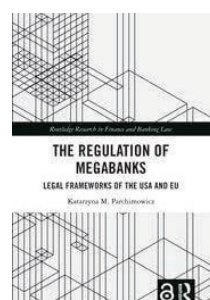
João Vieira dos Santos, *Regulação de Formas de Financiamento Empresarial FinTech - Em especial o Crowdfunding e as Initial Coin Offering*, Almedina, 2022



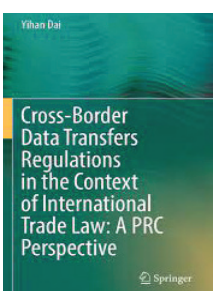
Catalin Gabriel Stanescu (Ed.), *Regulation of Debt Collection in Europe*, Routledge, 2022



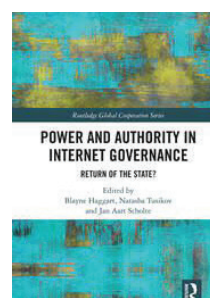
Robert Dingwall e Paul Fenn (Ed.), *Quality and Regulation in Health Care*, Routledge, 2022



Katarzyna Parchimowicz, *The Regulation of Megabanks*, Routledge, 2022



Yihan Dai, *Cross-Border Data Transfers Regulations in the Context of International Trade Law: A PRC Perspective*, Springer, 2022



Blayne Haggart, Natasha Tusikov e Jan Aart Scholte (Ed.), *Power and Authority in Internet Governance: Return of the State?*, Routledge, 2022

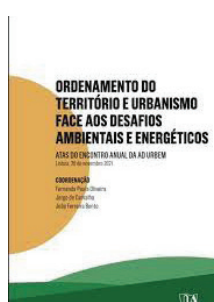
NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO



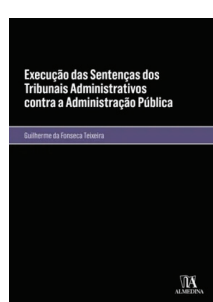
Mário Aroso de Almeida, *Regimes Gerais do Procedimento e da Atividade Administrativa - XIV Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo*, Almedina, 2022



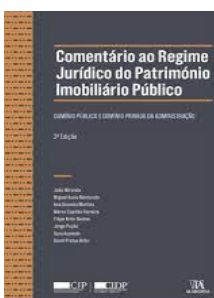
Hong Cheng Leong, *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, AAFDL, 2022



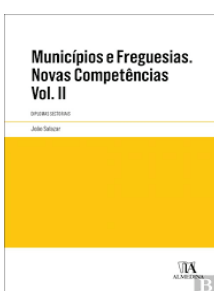
Fernanda Paula Oliveira, Jorge de Carvalho, João Ferreira Bento (coord.), *Ordenamento do Território e Urbanismo face aos Desafios Ambientais e Energéticos - Atas do Encontro Anual da Ad Urbem 2021*, Almedina, 2022



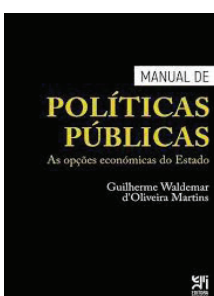
Guilherme da Fonseca Teixeira, *Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos contra a Administração Pública*, Almedina, 2022



João Pedro Oliveira de Miranda, *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público - Domínio Público e Domínio Privado da Administração*, ICJP / CIDP, Almedina, 2022



João Salazar, *Municípios e Freguesias. Novas Competências Vols. I e II*, Almedina, 2022



Guilherme Waldemar D' Oliveira Martins, *Manual de Políticas Públicas - As Opções Económicas do Estado*, Editora d' Ideias, 2022

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM REGULAÇÃO PÚBLICA E CONCORRÊNCIA

DIREÇÃO DO CURSO

VITAL MOREIRA • PEDRO COSTA GONÇALVES • LICÍNIO LOPES MARTINS



CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CONTRATAÇÃO PÚBLICA

COORDENAÇÃO: PEDRO COSTA GONÇALVES • LICÍNIO LOPES MARTINS



CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA: J. C. VIEIRA DE ANDRADE

COORDENAÇÃO EXECUTIVA: BERNARDO ALMEIDA AZEVEDO



CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO EMPREGO PÚBLICO

COORDENAÇÃO:

VITAL MOREIRA • PEDRO COSTA GONÇALVES • LICÍNIO LOPES MARTINS



www.cedipre.fd.uc.pt

www.facebook.com/fduc.cedipre

CEDIPRE | Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
Palácio dos Melos (Antiga Faculdade de Farmácia) · Rua do Norte | 3004-534 Coimbra | PORTUGAL
Telef./Fax.: +351 916 205 574 | E-mail: cedipre@fd.uc.pt