



CEDIPRE ONLINE | 5

Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação

João Henriques Pinheiro

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FEVEREIRO | 2011

**ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS E
NORMAS COMUNS DE ADJUDICAÇÃO**

João Henriques Pinheiro



TÍTULO

Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação

AUTOR(ES)

PINHEIRO, João Henriques

IMAGEM DA CAPA

Coimbra Editora

COMPOSIÇÃO
GRÁFICA

Ana Paula Silva

EDIÇÃO

CEDIPRE
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
3004-545 COIMBRA | PORTUGAL
Tel. | Fax: +351 239 836 309
E-mail: cedipre@fd.uc.pt

PARA CITAR
ESTE ESTUDO

PINHEIRO, João Henriques, "Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação", *Publicações CEDIPRE Online* - 5, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Fevereiro de 2011

Coimbra
Novembro | 2010

ÍNDICE

1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO	9
1.1. Relevância do tema	9
1.2. Contratos públicos.....	10
1.3. A entidade adjudicante	14
1.4. Organismos de direito público	16
1.5. Outras entidades adjudicantes.....	21
1.6. Extensões do âmbito de aplicação do CCP – contratos subsidiados	22
1.7. Contratação excluída.....	22
1.8. Regimes de exclusão parcial.....	23
1.9. Síntese do âmbito de aplicação do CCP	32
1.10. Âmbito de aplicação do CCP nos sectores especiais.....	33
1.11. Contratação excluída nos sectores especiais.....	39
2. INÍCIO DO PROCEDIMENTO	41
2.1. Decisão de contratar	41
2.2. Autorização de despesa	42
2.3. Especificidades das parcerias público-privadas	44
2.4. Escolha do procedimento.....	46
2.5. Agrupamentos de entidades adjudicantes	48
3. SUPORTE (ELECTRÓNICO) DA CONTRATAÇÃO	48
3.1. Enquadramento da contratação electrónica	48
3.2. Legislação complementar do CCP em matéria de contratação electrónica.....	50
3.3. A prossecução do princípio da transparência através da contratação electrónica.....	57
3.4. Conceitos nucleares da contratação electrónica	58
3.5. A prova material e a contratação electrónica	60
3.6. Segurança das comunicações.....	61
3.7. O momento da prática dos actos	61
3.8. Presunções legais relativas às comunicações electrónicas.....	62
3.9. Responsabilidades dos intervenientes.....	63
4. PEÇAS DO PROCEDIMENTO	64
4.1. Natureza das peças de procedimento.....	64
4.2. Identificação das peças de procedimento	65
4.3. Programa de procedimento e convite	66
4.3. Caderno de encargos.....	67
4.4. Peças do procedimento no contrato de empreitada de obras públicas	68
4.5. Efeitos dos vícios nas peças de procedimento.....	71
4.6. Peças de procedimento nas parcerias público-privadas.....	73
5. PARÂMETROS DO PROCEDIMENTO.....	76
5.1. Preço base	76

5.2. Preço contratual	77
5.3. Benefício económico e valor do contrato.....	78
5.4. Prazo de vigência	79
5.5. Especificações técnicas	80
5.6. Preocupações ambientais.....	84
5.7. Common Procurement Vocabulary (CPV)	87
6. ESCLARECIMENTOS E RECTIFICAÇÕES	87
6.1. Enquadramento dos esclarecimentos e rectificações no CCP.....	87
6.2. Prazo e modo da inserção dos esclarecimentos e rectificações	88
7. ERROS E OMISSÕES.....	89
7.1. Evolução do instituto dos erros e omissões	89
7.2. Efeitos do surgimento de erros e omissões.....	92
7.3. Procedimento de apresentação de erros e omissões	94
8. INTERVENIENTES NO PROCEDIMENTO	95
8.1. Candidatos e concorrentes	95
8.2. Júri.....	98
9. PROPOSTA	100
9.1. A proposta.....	100
9.2. Conteúdo da proposta	102
9.3. Elementos que instruem a proposta	102
9.4. Proposta variante.....	103
9.5. Suporte de apresentação das propostas	104
9.6. Prazos de apresentação de propostas.....	105
9.7. Consulta das propostas.....	107
10. ANÁLISE DAS PROPOSTAS E ADJUDICAÇÃO	109
10.1. Obtenção de esclarecimentos sobre as propostas.....	109
10.2. Avaliação de propostas e discricionariedade	109
10.3. Aspectos vinculativos na avaliação de propostas.....	113
10.4. Selecção do critério de adjudicação e avaliação	115
10.5. Modelo de avaliação.....	116
10.6. Concorrência e avaliação de propostas	118
10.7. Atributos das propostas.....	119
10.8. Antecipação da proposta no modelo de avaliação	121
10.9. Adjudicação.....	122
11. FORMALIDADES POSTERIORES À ADJUDICAÇÃO	125
11.1. Notificação da adjudicação.....	125
11.2. Apresentação dos documentos de habilitação	125
11.3. Suporte de apresentação dos documentos de habilitação	126
11.4. Idoneidade contratual	127
11.5. Prova da idoneidade contratual	129

11.6. Caução	130
12. CONTRATO	131
12.1.Exigibilidade do contrato escrito.....	131
12.2. Outros elementos do contrato.....	133
12.3. Contratos nulos	134
12.4. Minuta do contrato	135
12.5. Assinatura	136

ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS E NORMAS COMUNS DE ADJUDICAÇÃO

1. Âmbito de aplicação

1.1. Relevância do tema

O âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro (“CCP”), é dos temas que mais interessam a comunidade jurídica.

Não é só pelo facto de a publicação do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro¹, ter alterado substancialmente os trâmites em que se desenvolvia a actividade de contratação pública, consolidada em três gerações de textos normativos, como pelo impacto que tal mudança gera no quotidiano das entidades adjudicantes, das pessoas e empresas que contratam com os poderes públicos.

A crescente contratualização realizada pelas entidades adjudicantes para assegurar não só fornecimentos de bens e serviços inerentes ao seu funcionamento, como a externalização de funções das próprias pessoas colectivas, reforçam a importância que a actividade contratual tem nas relações que as entidades adjudicantes estabelecem com terceiros.

No plano financeiro e económico, a relevância da contratação pública demonstra-se por representar cerca de 30% da despesa pública² e por constituir um instrumento político de estímulo à actividade das pequenas e médias empresas,

¹ O CCP foi rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro e republicado pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, posteriormente alterado pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.

² Intervenção do Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas, Dr. Guilherme D’Oliveira Martins, no Seminário “NOVAS PERSPECTIVAS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA”, realizado em 20 de Novembro de 2006.

desiderato já manifestado nas Directivas sobre contratos públicos, nomeadamente através de mecanismos de subcontratação que foram acolhidos no CCP.

Neste contexto, o peso burocrático e a complexidade do cumprimento das soluções legais de formação da vontade contratual podem, involuntariamente, significar implicações de vária ordem para os decisores e demais intervenientes nos procedimentos adjudicatórios.

Tais implicações podem assumir natureza financeira em processos de responsabilidade sancionatória promovidos pelo Tribunal de Contas [alínea b) do n.º do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto], natureza disciplinar [alínea a) do artigo 16.º da Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro], mas também podem fundamentar a responsabilização extracontratual perante os eventuais lesados com os vários actos compreendidos na actividade de contratação pública (n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Janeiro).

Também no plano criminal, existem certos *tipos* especiais, associados a expressões de ilicitude na actividade de contratação pública, tais como a corrupção activa ou passiva, para a prática de acto lícito ou ilícito e a participação económica em negócio (artigos 372.º a 374.º e 377.º do Código Penal), que ganham relevo pelo mediatismo de determinados processos judiciais e porque o legislador destaca, como requisito de idoneidade contratual, a inexistência de qualquer condenação, com trânsito em julgado, pela prática destes e de outros crimes identificados na alínea i) do n.º 4 do Anexo I ao CCP.

Todas estas razões justificam a intensa laboração interpretativa sobre o tipo de entidades a que se aplica o CCP (âmbito subjectivo), e sobre o tipo de contratos que são por ele regulados (âmbito objectivo).

Perante este binómio, verifica-se que a aplicação do CCP, numa lógica de consolidação conceptual, assenta em dois conceitos nucleares, *o contrato público* e *entidade adjudicante*, que são o ponto de partida de qualquer decisão de realização de despesa pública com a celebração de contratos.

1.2. Contratos públicos

Logo no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, o legislador anuncia a intenção de projectar o conceito de *contrato público* a partir da acepção subjectiva de *entidade adjudicante*.

Deve, portanto, tomar-se por assente que a definição do âmbito de aplicação do CCP pressupõe uma integração das perspectivas objectiva e subjectiva da aplicação

da lei.

Ou seja, o legislador estendeu o âmbito de aplicação objectivo do CCP a todos os contratos, qualquer que seja a sua designação e natureza, administrativa ou privada³, sempre e quando tais contratos sejam outorgados por *entidades adjudicantes*. Esta previsão abrangente encontra-se, claramente, consagrada no n.º 2 do artigo 1.º do CCP, extraindo-se da norma que *contratos públicos* são todas e quaisquer relações jurídicas bilaterais, em que uma das partes seja uma entidade adjudicante.

Cabem, naturalmente, nesta previsão os *contratos administrativos*⁴ cuja densificação passou a ter acolhimento expresso no próprio CCP (n.º 6 do artigo 1.º), em função das seguintes qualificações:

- a) Determinação legal, ou vontade das partes;
- b) Objecto público (acto administrativo ou exercício de poderes públicos);
- c) Concessão ao co-contratante de prerrogativas de direito público, relativamente a coisas ou funções do contraente público;
- d) Regime de direito público na formação de contrato cuja execução influencie a realização das atribuições do contraente público.

A consagração legal da figura do *contrato administrativo* é censurada pelos autores que o consideravam uma espécie em vias de extinção⁵; não obstante, por força da opção do legislador, a Parte III do CCP passou a conter um regime substantivo especial que permite prognosticar uma longa vida para o *contrato administrativo*.

É, precisamente, neste sentido que se pronunciam os autores que defendem a universalização do contrato administrativo, enquanto expressão do movimento constante de unificação da contratação administrativa, que provoca a administrativização de relações jurídicas originariamente concebidas e experimentadas

³ A redacção do CCP neste ponto parece permissiva quanto à permanência da distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado da administração. A distinção defendida por MARIA JOÃO ESTORNINHO (*A fuga para o direito privado*, 2.ª reimpressão, Almedina, 2009) foi ganhando apoio, doutrinal e jurisprudencial (entre outros, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração, no projecto do CCP”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, páginas 28 e seguintes).

⁴ entre outros, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987; JOSÉ LUIS ESQUÍVEL, *Os contratos administrativos e a arbitragem*, Almedina, 2004; MARK BOBELA-MOTA KIRKBY, *Contratos administrativos de subordinação*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo (Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo)*, Almedina, 2003.

⁵ JOÃO CAUPERS, “Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, páginas 9 e seguintes.

sob a égide do direito privado⁶.

Este entendimento gera dúvidas, desde logo sobre as vantagens ou necessidade de remover da vontade da administração a celebração de contratos subordinados ao direito privado, ou restringir excessivamente o recurso a esta modalidade de contratação.

Utilizando a tipificação do CCP, pode questionar-se se deverão todos os contratos de aquisição de bens ou de serviços ser considerados contratos administrativos, apenas porque o legislador os incluiu na Parte III do Título II do CCP?

Cremos que existe espaço para a diferença. Um contrato com objecto possível de direito privado só terá de ser administrativo se as partes o subordinarem a esse regime, ou se tal sujeição decorrer da lei.

A mera sujeição de um contrato a uma disciplina administrativista reflectirá, tendencialmente, uma subida do seu custo para a entidade adjudicante pela simples repercussão, no preço, do valor do risco acrescido que a sua execução comporta. Efectivamente, um contrato cuja normal execução possa ser interceptada por imperativos de direito público aumenta o risco da sua execução, sendo expectável que o adjudicatário salvasse uma parcela do preço para cobrir tais eventualidades.

Ora, ponderando vantagens e inconvenientes, cremos que em determinadas circunstâncias, em que as prerrogativas de interesse público não sejam predominantes, poderá a administração eleger um posicionamento paritário que lhe permita beneficiar de uma normalização da relação contratual, comportando tal opção uma previsível redução do valor da despesa a realizar com a celebração do contrato.

Não se afasta uma disciplina publicista na formação destes contratos, o que se defende é uma não sujeição obrigatória da relação contratual substantiva ao acervo de direitos e obrigações previstos na disciplina da Parte III do CCP, opção que se extrai do n.º 5 do artigo 1.º do CCP.

Acresce referir, em reforço do entendimento exposto, que a relação entre contratos públicos e contratos administrativos, permite identificar a configuração de diferenças de regime entre eles, porquanto o legislador admitiu que nem todos os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes terão de se submeter ao regime dos contratos administrativos⁷.

⁶ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, páginas 39 e 40.

⁷ Pode inclusivamente estabelecer-se entre os conceitos uma relação de especialidade, segundo a qual o contrato administrativo é qualificado como uma *espécie* do *género* mais abrangente que é o contrato

Resta-nos, portanto, salientar que, quando a lei não imponha uma solução contrária, as entidades adjudicantes têm liberdade de optar entre submeter um contrato com objecto de direito privado à disciplina da Parte III do CCP, ou configurar uma relação contratual fora da esfera administrativista.

Esta opção genérica mais não é do que uma concretização do Princípio da Especialidade, que serve de critério para delimitar a capacidade jurídica das pessoas colectivas (artigo 160.º do Código Civil).

1.2.1. O âmbito de aplicação objectivo do CCP abrange, ainda, o *acto administrativo* substitutivo de *contrato administrativo* (n.º 3 do artigo 1.º do CCP). Esta previsão limita-se ao elenco da atribuição de subsídios e a contratos de uso privativo do domínio público⁸.

O acolhimento no CCP de uma norma desta natureza também significa a prevenção de situações de fraude à lei, tais como fugas não justificadas às regras da concorrência por via da prática de um acto administrativo em substituição da constituição de uma relação contratual.

A este propósito, RUI MEDEIROS alerta para a incompletude estrutural das Directivas n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE, derivada da sua não incidência sobre os contratos de concessão de serviços públicos, e para a necessidade de submeter tais contratos à concorrência de todos os potenciais interessados⁹, tal como defende a Comissão em comunicação interpretativa dedicada a este tema.

Este entendimento, salvo melhor opinião, não prejudica que determinados domínios, ainda reservados, como os relativos à defesa e segurança, acolham a atribuição de uma concessão de serviço público, por acto unilateral, para preservar outros valores e interesses tais como os relativos à prossecução de interesses essenciais de segurança nacional (Decreto-Lei n.º 33/2009, de 5 de Fevereiro), desde que tal opção tenha suporte no texto do Tratado da União Europeia.

Esta prerrogativa dos Estados Membros mantém-se em vigor perante a recente entrada em vigor da Directiva n.º 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho,

público (DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo* – Volume II, Almedina, 2001, página 498).

⁸ A restrição a este conjunto de actos é a tese defendida por MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos...*, página 46, com base na imposição unilateral de certos efeitos, ainda que sujeitos a aceitação do destinatário do acto administrativo.

⁹ RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, páginas 4 e 5.

de 13 de Julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança.

De facto, o artigo 2.º, n.º 1 da Directiva n.º 2009/81/CE, salvaguarda a vigência do conteúdo do artigo 296.º do Tratado da União Europeia, como não poderia deixar de ser, o que garante a possibilidade de os Estados Membros adoptarem medidas que considerem adequadas à salvaguarda da prossecução dos seus interesses essenciais de segurança.

1.3. A entidade adjudicante

A par do contrato público, temos outro conceito nuclear para a definição do âmbito de aplicação do CCP, precisamente o conceito de *entidade adjudicante*.

Não oferece dúvidas a integração no conceito de *entidade adjudicante*, *ex vi* n.º 1 do artigo 2.º do CCP, da administração pública em sentido orgânico, que é constituída pelo Estado¹⁰, Regiões Autónomas, autarquias locais, institutos públicos¹¹, fundações públicas¹² e associações públicas¹³.

Estas pessoas colectivas de direito público, através dos seus órgãos e serviços, são responsáveis pela realização de despesa pública e, como tal, vinculados, pela lei e

¹⁰ A designação de Estado abrange, na administração central, os serviços integrados, subordinados ao Orçamento de Estado, bem como os serviços e fundos autónomos (unidades militares, hospitais públicos, centros de saúde, universidades) e a segurança social (A. L. SOUSA FRANCO, *Finanças do Sector Público*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003, páginas 10 e 11).

¹¹ A figura do instituto público abrange os serviços personalizados, as fundações públicas, os estabelecimentos públicos e as empresas públicas (DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, 1993, páginas 319 e seguintes). A classificação ganha relevância e interesse no domínio da contratação pública no que se refere aos serviços personalizados e aos estabelecimentos públicos. Este último subconjunto integra os hospitais públicos, sem gestão empresarial, as universidades e respectivas faculdades. A Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, com uma perspectiva englobante, acolheu no conceito de instituto público quaisquer fundos ou serviços dotados de personalidade jurídica que se integrem na administração indirecta do Estado e das Regiões Autónomas dos Açores e Madeira.

¹² As fundações públicas, enquanto patrimónios que são afectados à prossecução de fins públicos especiais, não incluem as fundações previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro, ou seja as instituições de ensino superior que venham a adoptar a forma de fundações públicas de direito privado.

¹³ Integram este conceito um conjunto de entidades agrupadas na administração autónoma do Estado, tais como associações de municípios, associações de freguesias, as áreas metropolitanas, as ordens profissionais (VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, 1997).

pelos princípios gerais da actividade administrativa¹⁴ a aplicar os procedimentos pré-contratuais de formação da vontade contratual.

Também se consideram entidades adjudicantes as associações, incluindo as de direito privado, que estejam submetidas a uma influência, jurídica ou financeira, relevante, exercida pelas pessoas colectivas de direito público, supra referidas, devido à constituição de uma das seguintes situações de facto:

- sejam, maioritariamente, financiadas por um ou mais associados que tenha(m) natureza jurídica de pessoa colectiva pública; **ou**
- estejam sujeitas ao seu controlo de gestão; **ou**
- tenham um órgão de administração, direcção ou fiscalização¹⁵, cuja maioria dos seus titulares seja por designado pelas pessoas colectivas de direito público.

A lógica desta extensão do âmbito de aplicação subjectivo do CCP, apontada por RUI MEDEIROS¹⁶, é a de tornar o CCP *amigo da concorrência*, expandindo a sua aplicação para zonas limítrofes da realização de despesa com *dinheiro público*.

1.3.1. Por fim, importa sublinhar que o conceito de *entidade adjudicante* não se confunde com o de *contraente público*.

O primeiro dos conceitos – *entidade adjudicante* - é mais abrangente porque engloba todas as entidades a que se aplica o artigo 2.º do CCP, mas está

¹⁴ O legislador optou por remover do acervo legal os princípios específicos da contratação pública, que figuravam nos artigos 7.º a 15.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho. Como vestígio do reconhecimento da interligação entre a actividade de contratação pública e os princípios da actividade administrativa resistiu o n.º 4 do artigo 1.º que enuncia o especial dever de considerar os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência. Não obstante, os princípios subsistem como fonte de direito fundamental no sistema da contratação pública (RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais da contratação pública”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, páginas 51 e seguintes).

¹⁵ Em sentido crítico, PEDRO GONÇALVES (*Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, 2007, página 23 e seguintes) considera excessiva que a faculdade de designar os membros de um órgão de fiscalização seja um factor de qualificação da influência que uma entidade possa exercer sobre outra. Em rigor esta opinião afigura-se-nos como a mais correcta, porquanto o quadro de competências dos órgãos encarregues da gestão e da fiscalização, permite que os órgãos de gestão tenham um efectivo controlo sobre a actividade da pessoa colectiva em causa, sem que a sua acção fique dependente do órgão de fiscalização. É certo que este último órgão poderá fiscalizar e, pontualmente, interferir na acção do órgão de gestão, mas sempre em cenários desviantes da conduta do órgão de gestão. Esta constatação vale para os diversos regimes jurídicos de funcionamento de pessoas colectivas que se possam analisar: código civil, código das sociedades comerciais, código cooperativo, regime jurídico do sector empresarial do Estado, Lei das empresas municipais, intermunicipais e regionais.

¹⁶ RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime...”, páginas 19 e 20.

funcionalmente reservado para a fase pré-contratual, que se dirige essencialmente à adjudicação de uma proposta.

O segundo – *contraente público* - reporta-se à fase de execução do contrato emergente da proposta adjudicada, mas aplica-se apenas:

- às entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º do CCP;
- às entidades do n.º 2 quando os contratos por estas celebrados sejam qualificados, pelos outorgantes, como contratos administrativos, ou submetidos a um regime substantivo de direito público;
- a quaisquer entidades que celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas¹⁷.

1.4. Organismos de direito público

Além da administração pública, em sentido orgânico, o CCP aplica-se a outras entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º do CCP.

Na primeira linha, temos os *organismos de direito público*, previstos nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP.

Enquadram-se nesta categoria, **tendencialmente**, as empresas públicas e as entidades públicas empresariais reguladas pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, bem como as empresas públicas municipais e metropolitanas reguladas pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, **quando não tenham carácter comercial ou industrial**.

A razão de ser desta submissão ao regime jurídico adjudicatório das pessoas colectivas públicas, consiste no reconhecimento da existência de situação de influência jurídica ou financeira relevante, que determina que certas entidades se configurem como instrumentos de actuação da administração¹⁸ e, conseqüentemente, se enquadrem no perímetro normativo de contratação pública.

Mas, como decorre dos requisitos cumulativos de qualificação, nem todas as pessoas colectivas que integram o sector público empresarial devem ser consideradas

¹⁷ O conceito de funções materialmente administrativas corresponde a um modo de execução de uma tarefa pública, que se entende por uma actividade exigível ao Estado ou a outras entidades públicas (PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, 2005, páginas 462 e seguintes).

¹⁸ RUI GUERRA DA FONSECA, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Almedina, 2005.

organismos de direito público.

O conceito organismo de direito público foi introduzido pela Directiva 89/440/CEE, de 27 de Março de 1989 (que alterou a Directiva 71/305/CEE, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos procedimentos de celebração de contratos públicos de obras) e manteve-se nas Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, que regulavam a formação de contratos públicos.

O CCP importou o conceito e introduziu-o no ordenamento jurídico nacional, tendo para tal identificado, na alínea a) e respectivas subalíneas i) e ii) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP, três requisitos cumulativos de qualificação que já constavam no n.º 9 do artigo 1.º da Directiva 2004/18/CE.

Tais requisitos cumulativos estarão preenchidos se:

- a) a entidade for dotada de personalidade jurídica¹⁹;
- b) a entidade tiver sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter comercial ou industrial²⁰;
- c) existir uma situação de dependência em relação a uma outra entidade adjudicante, resultante de esta financiar maioritariamente²¹ a actividade daquela, exercer um controlo de gestão²² ou de poder designar, directa ou indirectamente, mais de metade dos membros dos respectivos órgãos de administração, de direcção ou fiscalização do organismo de direito público²³.

Como reconhece a jurisprudência comunitária, a doutrina nacional e o próprio CCP, a densificação do conceito de organismo de direito público, para efeitos de verificação do preenchimento do segundo requisito cumulativo – criação para

¹⁹ Acórdão do TJCE Comissão/França, de 1 de Fevereiro de 2001.

²⁰ Acórdãos Adolf Truley, de 27 de Fevereiro de 2003, Korhonen Oy, de 22 de Maio de 2003 e BFI holding, de 10 de Novembro de 1998, todos do TJCE.

²¹ O conceito “maioritariamente financiada” foi analisado no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 3 de Outubro de 2000, relativo ao processo n.º C-380/98. Nessa decisão pode interpretar-se que o financiamento não inclui contraprestações contratuais realizadas pelas entidades adjudicantes, nomeadamente em contratos de prestação de serviços. O termo “maioritariamente”, deve interpretar-se no sentido de que se trata de mais de metade.

²² O ponto 4 da parte decisória do Acórdão Adolf Truley, a propósito do controlo de gestão, declara que a existência de um simples controlo a posteriori não preenche o critério de qualificação de organismo de direito público. Segundo o Acórdão o controlo de gestão corresponde a uma situação em que, por um lado, os poderes públicos controlam não apenas as contas anuais do organismo em causa mas também a sua gestão corrente na perspectiva da exactidão dos números referidos, da regularidade, da procura de economias, da rentabilidade e da racionalidade e, por outro, os mesmos poderes públicos estão autorizados a visitar os locais de exploração e as instalações do referido organismo e a transmitir os resultados desses controlos ao centro de decisão.

²³ Acórdão University of Cambridge, de 3 de Outubro de 2000.

satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter comercial ou industrial - desenvolve-se a partir da não submissão de uma empresa à lógica de mercado e concorrência (n.º 3 do artigo 2.º do CCP).

E o que se deve entender por submissão à lógica de mercado e concorrência?

A questão é deveras importante porque o que parece ser uma orientação legislativa destinada a salvaguardar o cumprimento de princípios basilares do relacionamento entre a administração e os interessados em contratar, não pode consubstanciar-se na imposição de regimes de discriminação negativa para certos operadores económicos que, apesar de estarem constituídos na esfera de influência dos poderes públicos, seriam penalizados, desde logo ao nível da sua competitividade no mercado, se estivessem sujeitos a teias normativas e riscos de litigância acrescidos na formação da sua vontade negocial.

Este tipo de interesses e equilíbrios podem e devem ser ponderados quando se procede à “*rigorosa*” transposição da noção comunitária de organismo de direito público.

Esta tarefa de interpretação poderia ter sido facilitada pelo elemento literal do CCP, mas não o tendo sido haverá que percorrer um caminho, não isento de perigos, que leve à afirmação da incidência do CCP sobre a formação de contratos por parte de empresas públicas.

Sintetizando, a correcta interpretação do conceito comunitário de *organismo de direito público*²⁴ pressupõe que se identifique o que se entende por “*necessidades de interesse geral*” e “*carácter industrial ou comercial*”.

Assim, ***necessidades de interesse geral*** correspondem a insuficiências que decorrem de um interesse directo a prosseguir em favor da comunidade, não subordinado a um interesse individual, ou de grupo organizado. Dizem respeito à comunidade como um todo, a sua satisfação é assimilada e percebida como a realização do bem comum.

Neste sentido, este tipo de necessidades são satisfeitas por serviços de interesse geral que englobam:

- actividades de serviço não económico (sistema de educação, protecção social, saúde, etc);

²⁴ Directivas 89/440/CEE, de 27 de Março de 1989, 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, bem como o Acórdão MANNESMANN, do Tribunal de Justiça das Comunidades, de 15 de Janeiro de 1998.

- funções intrínsecas à própria soberania (segurança, justiça, defesa);
- serviços de interesse económico geral (energia, comunicações, serviços postais, etc)²⁵.

Por outro lado, o **carácter industrial ou comercial** distingue as pessoas colectivas em função do seu posicionamento no mercado.

Assim, não têm **carácter industrial ou comercial** as pessoas colectivas que não actuam no mercado de forma plenamente concorrencial, por comparação com os demais operadores económicos privados, uma vez que dispõem (ou podem dispor) de vantagens ou benefícios concedidos pela administração pública ou por outras entidades adjudicantes.

Quando se considera que determinada empresa não tem carácter industrial ou comercial aceita-se que a mesma exerce a sua actividade numa situação privilegiada, na relação com os poderes públicos, que não está ao alcance dos operadores económicos comuns, ou de outros interessados.

Acresce que, como é referido no Acórdão Adolf Truley²⁶, o conceito “*necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial*” reporta-se ao direito comunitário e deve ser objecto de uma interpretação autónoma e uniforme em toda a Comunidade.

Assim, a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades considera que o conceito ***necessidades de interesse geral sem carácter comercial ou industrial*** abrange:

- a) as necessidades que são satisfeitas de modo diferente da oferta de bens ou de serviços no mercado; e
- b) que por razões ligadas ao interesse geral, os poderes públicos optam por satisfazê-las directamente com os seus recursos, ou através de entidades em relação às quais pretendem manter uma influência determinante.

Ao invés, uma entidade satisfaz ***necessidades de interesse geral com carácter industrial ou comercial*** sempre que actua no mercado numa situação de livre e plena

²⁵ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões (Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral), de 12 de Maio de 2004.

²⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 27 de Fevereiro de 2003, relativo ao processo n.º C-373/00 (Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH).

concorrência com outros operadores económicos privados²⁷.

Esta posição está reflectida no n.º 3 do artigo 2.º do CCP, nos seguintes termos: *“...são consideradas pessoas colectivas criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, aquelas cuja actividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência”*.

Contudo, verifica-se que entre o texto do anteprojecto e o texto final do CCP foi abandonada uma enumeração, exemplificativa, das entidades desprovidas de carácter industrial ou comercial. Curiosamente, esta enumeração incluía as empresas públicas.

Constata-se, portanto, que o legislador não tomou posição sobre um conceito, necessariamente, subordinado ao contexto factual da aplicação da lei.

A este respeito refere o Acórdão *Comissão contra Reino de Espanha*²⁸ que *“a existência ou a ausência de uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial deve ser apreciada tomando em conta a totalidade dos elementos de direito e de facto relevantes, tais como as circunstâncias que presidiram à criação do organismo em causa e as condições em que o mesmo exerce a sua actividade, incluindo, designadamente, a ausência de concorrência no mercado, a ausência de um fim lucrativo a título principal, a falta de assunção dos riscos ligados a essa actividade bem como o eventual financiamento público da actividade em causa”*.

Nestes termos, para eximir determinada entidade do conceito de organismo de direito público não basta invocar, genericamente, a sua sujeição a um regime de concorrência no mercado em que opera, também é preciso verificar todo o contexto de actividade da entidade para se poder concluir se a lógica do seu funcionamento é conforme às regras do mercado e da livre concorrência²⁹.

Ou seja, a referência à *“actividade económica [que] se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência”*, importada pelo nosso legislador, deve ser complementada com os referidos subsídios da jurisprudência comunitária.

1.4.1. Seja como for, a invocação da não aplicação do CCP a uma determinada entidade por se considerar que a mesma não é um organismo de direito público deverá suportar-se em suficiente fundamentação, *de facto e de direito*, que tenha em consideração o espírito da lei.

²⁷ JOÃO AMARAL E ALMEIDA, Os organismos de direito público, in Estudos em homenagem ao Professor Marcello Caetano, Vol I, FDUL, Coimbra Editora, 2006, páginas 633 e seguintes.

²⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades, de 16 de Outubro de 2003, relativo ao processo n.º C-283/00 (Comissão contra Reino de Espanha).

²⁹ Acórdão *Korhonen Oy*, de 22 de Maio de 2003.

E a *mens legis*, que não se pode deixar de considerar, é que as Directivas comunitárias e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias têm por fim excluir, simultaneamente, o risco de preferência de proponentes ou candidatos nacionais em toda e qualquer adjudicação de contratos públicos por entidades adjudicantes e a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo Estado, pelas autarquias locais ou por outros organismos de direito público se basear em considerações não económicas³⁰ na escolha de uma proposta.

Estas razões concorrem, pois, para uma interpretação declarativa lata do n.º 3 do artigo 2.º do CCP, que poderá levar a uma mudança de paradigma na contratação por parte de inúmeras sociedades comerciais e entidades públicas empresariais integradas no sector empresarial do Estado.

Além destas considerações, apenas uma rigorosa ponderação casuística da actividade e mercado da entidade adjudicante poderá fundamentar uma conclusão válida sobre a incidência do CCP sobre a sua actividade contratual.

1.5. Outras entidades adjudicantes

Também estão incluídas no âmbito de aplicação do CCP as pessoas colectivas que se encontrem sujeitas a uma influência jurídica e financeira relevante, exercida por um *organismo de direito público* [alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP], precisamente por se verificarem os mesmos requisitos que levam à qualificação de determinada pessoa colectiva como organismo de direito público.

São, como vimos *supra*, requisitos de qualificação os relativos à sua criação (satisfação de necessidades de interesse geral), finalidade, financiamento (directa ou indirectamente público) e modelo de governação (controlo de gestão ou designação da maioria dos órgãos de administração, direcção ou fiscalização) por parte de organismos de direito público).

1.5.1. Outro tipo de pessoas colectivas autonomizadas no rol descritivo de incidência do CCP são as associações que tenham por associados outras associações de direito privado, ou pessoas colectivas submetidas a uma relação de influência jurídica ou financeira relevante, relativamente a uma entidade adjudicante, designadamente um organismo de direito público [alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP].

Repete-se a lógica presente na alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do CCP, mas mudam os agentes que podem exercer a influência relevante.

³⁰ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de Janeiro de 2006 (processo n.º 980/05).

1.6. Extensões do âmbito de aplicação do CCP – contratos subsidiados

O Título VIII da Parte II do CCP contempla ainda extensões do seu âmbito de aplicação, operada pelo artigo 275.º do CCP, de forma a aplicar um conjunto de regras comuns de adjudicação, aos seguintes contratos subsidiados:

- a) Contratos de empreitada, celebrados por quaisquer entidades não referidas no artigo 2.º ou no n.º 1 do artigo 7.º, financiados directamente em mais de 50 % por qualquer das entidades adjudicantes da administração pública em sentido orgânico ou pelos organismos de direito público e outras entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º do CCP, quando o respectivo preço for superior a seja igual ou superior a 4.845.000 euros;
- b) Contratos de aquisição de serviços celebrados por entidades não referidas no artigo 2.º ou no n.º 1 do artigo 7.º, desde que sejam financiados directamente em mais de 50 % por qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º e o respectivo preço contratual seja igual ou superior a 206.000 euros e sejam complementares, dependentes ou se encontrem, por qualquer forma, relacionados com o objecto de um contrato de empreitada a cuja formação é aplicável o presente Código nos termos do disposto no número anterior.

Com estas extensões do seu âmbito de aplicação, o CCP tenta garantir que na formação de contratos de empreitada e de fornecimentos acessórios ou complementares, por entidades que não sejam integradas na administração pública em sentido orgânico, ou organismos de direito público, que não se integrem no conceito de entidades adjudicantes dos sectores especiais, devem ser respeitadas as regras comuns de adjudicação, previstas na Parte II do CCP, sempre se verifique um financiamento maioritariamente público no contrato a celebrar.

São regras que decorrem dos princípios da concorrência, igualdade e transparência, especialmente identificados no artigo 1.º, n.º 4 do CCP.

1.7. Contratação excluída

O princípio da abrangência do âmbito objectivo do CCP (*os contratos públicos*) é contrariado pelo entendimento de que a formação de certos contratos deve estar excluída da disciplina do CCP.

Os contratos excluídos, enumerados no n.º 1 do artigo 4.º do CCP, têm por objecto convenções internacionais, previamente comunicadas à Comissão Europeia e

devidamente enquadradas no Tratado da União Europeia, para a realização de projectos comuns relacionados com uma obra pública ou a aquisição de bens móveis ou de serviços destinados à realização ou à exploração de um projecto pelos estados signatários; a regulação por acordo entre Estados membros ou entre um destes e um Estado terceiro no âmbito de uma convenção internacional reguladora do estacionamento de tropas, ou contratos precedidos de procedimentos específicos adoptados por uma organização internacional.

Também se encontram excluídos da aplicação do CCP certos contratos cuja natureza jurídica contém especificidades que afastam a sua formação de um ambiente de concorrência, ou que contêm regimes procedimentais específicos (artigo 4.º, n.º 2 do CCP), tais como: contratos de trabalho em funções públicas e contratos individuais de trabalho (Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro e Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro); os contratos de doação de bens móveis a favor de qualquer entidade adjudicante; os contratos de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis ou contratos similares, regulados pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto; os contratos relativos à aquisição, ao desenvolvimento, à produção ou à co-produção de programas destinados a emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão³¹.

Não obstante, estes últimos contratos não estão completamente excluídos da aplicação da Parte II do CCP, porque a alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º refere que quando os mesmos sejam celebrados por entidades que operam nos sectores especiais (artigos 7.º a 15.º do CCP), a Parte II do CCP é sempre aplicável à formação de contratos relativos à aquisição, ao desenvolvimento, à produção ou à co-produção de programas destinados a emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão.

1.8. Regimes de exclusão parcial

Encontram-se parcialmente excluídos da aplicação do CCP, por estarem apenas isentos da aplicação da Parte II, um conjunto de relações jurídicas que o legislador não submeteu a uma disciplina equivalente à da formação dos demais contratos públicos.

1.8.1. O primeiro sub-conjunto de contratos que beneficia desta exclusão

³¹ O legislador nacional seguiu o critério comunitário de excluir este tipo de contratos, por considerar que a formação dos mesmos, em regime de concorrência, pode conflitar com a prossecução de desígnios culturais e sociais (considerando 25 da Directiva 2004/18/CE).

parcial reporta-se aos contratos a **celebrar entre quaisquer entidades adjudicantes**, os quais não estão, nem são susceptíveis de estar, submetidos à concorrência de mercado (artigo 5.º, n.º 1 do CCP).

O legislador identifica como razões válidas para a submissão à concorrência de mercado a natureza ou características das prestações, a posição relativa das partes ou o contexto da sua formação.

Em termos concretos, esta distinção limita a capacidade jurídica das pessoas colectivas de direito público, que compreende a possibilidade de outorgarem contratos entre si, de modo a que, por exemplo, o Estado se apresente como cliente e uma associação pública como prestadora de serviços na formação de um contrato de consultoria que deva ser submetida à concorrência de mercado por existirem diversos operadores qualificados para realizar essa prestação contratual.

Esta limitação justifica-se num contexto da contratação pública, pois a plenitude da capacidade jurídica das entidades adjudicantes não pode introduzir distorções à normal concorrência nos mercados públicos.

Assim quando estejam em causa prestações fungíveis que possam ser prestadas por uma pluralidade de interessados, e que um desses interessados seja uma entidade adjudicante, deve promover-se a concorrência entre eles.

É o que decorre da jurisprudência comunitária³² e também do n.º 8 do artigo 1.º da Directiva n.º 2004/18/CE.

Acresce que a posição relativa das partes no mercado há que ser apurada previamente à celebração do contrato, sob pena de se criar uma situação de facto consumado. A concorrência não funcionará em contratos a celebrar na esfera de um monopólio do fornecedor, mas já deverá funcionar perante um oligopólio.

Especiais responsabilidades recaem sobre as entidades adjudicantes quando a sua actuação do lado da procura for determinante para a configuração do mercado.

1.8.2. Tendo presente a finalidade do legislador de preservar ao máximo a intangibilidade do princípio da concorrência, o conteúdo n.º 1 do artigo 5.º deve ser interpretado conjugadamente com o artigo 6.º, n.º 1 e com o artigo 16.º, n.º 2.

Assim, no domínio das relações contratuais que se possam estabelecer entre entidades adjudicantes da administração pública, em sentido orgânico, o CCP afirma

³² Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades, de 18 de Novembro de 1999, relativo ao processo n.º C-107/98 (Acórdão Teckal).

uma restrição à capacidade jurídica contratual que visa dilatar as margens para a concorrência dos operadores de mercado na formação dos seguintes contratos: empreitadas de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços.

Ou seja, aos contratos administrativos qualificados na Parte III do CCP, aplica-se obrigatoriamente na sua formação a parte II do Código, o que equivale a dizer que serão criadas iguais oportunidades de contratar entre pessoas colectivas públicas e privadas.

Nota-se, portanto, uma limitação à liberdade de celebração de relações contratuais entre pessoas colectivas públicas, entendendo-se que no âmbito destes contratos deverá prevalecer o princípio da concorrência, em detrimento da opção “protocolar”³³.

Esta chamada de atenção não nos pode fazer esquecer que quando seja outro tipo de contrato que esteja em formação, devem ponderar-se os elementos previstos no n.º 1 do artigo 5.º do CCP, isto é a natureza das prestações ou as suas características, a posição relativa das partes ou o contexto da sua formação e aferir-se se a peculiaridade do contrato em causa impõe que o mesmo seja submetido à concorrência.

1.8.3. Uma outra restrição, de âmbito diferente, é que se prevê para os *organismos de direito público*. O legislador afirma, no n.º 2 do artigo 6.º, que os organismos de direito públicos **só** estão obrigados a aplicar a Parte II do CCP na celebração dos contratos administrativos qualificados na Parte III do CCP. Regista-se a preocupação nuclear do legislador em implementar uma efectiva concorrência para uma determinada tipologia de contratos.

No entanto, também se percebe que a *rigorosa transposição do conceito de organismo de direito público*, tendencialmente dirigida à ampliação do âmbito de aplicação subjectivo do CCP, vai cedendo perante algumas restrições relevantes.

Uma delas é precisamente a contida no n.º 2 do artigo 6.º do CCP, porquanto os organismos de direito público vão poder celebrar, entre si, uma miríade de contratos de direito privado, de direito público mas com objecto de direito privado, contratos mistos, sem que tenham de ponderar os factores de concorrência previstos no n.º 1 do artigo 5.º e, conseqüentemente, aplicar as normas comuns de adjudicação previstas no

³³ É frequente o recurso à celebração de “protocolos” entre entidades adjudicantes da administração pública em sentido orgânico que contêm autênticas prestações fungíveis susceptíveis de ser submetidas à concorrência. Estas opções devem ser revistas face à disciplina em análise do CCP.

CCP.

Creemos que neste aspecto, o legislador poderia ter ido mais além para consagrar uma vinculação uniforme na adopção de procedimentos adjudicatórios pelos organismos de direito público.

A flexibilidade de gestão reclamada por estas entidades seria sempre um factor a ter em conta.

Não obstante, os limiares³⁴ mais elevados que a lei prevê para a adopção de determinados procedimentos já oferece, em nosso entendimento, uma garantia de celeridade na conformação dos procedimentos. O caso paradigmático é o ajuste directo, que pode ser seleccionado para contratos de valor inferior a 75.000 euros, quando se trate de entidades adjudicantes da administração pública em sentido orgânico, ou para contratos de valor inferior a 193.000 euros, quando celebrados por organismos de direito público.

Afinal, a despesa gerada pelos organismos de direito público é realizada com financiamento público e nesse aspecto - o da natureza do financiamento - não se distingue da despesa que é realizada por outras entidades adjudicantes que são pessoas colectivas de direito público.

De facto, se os princípios subjacentes à execução de tal despesa são comuns – transparência, concorrência, igualdade – não se encontra razão convincente para a limitação da restrição acolhida no n.º 2 do artigo 6.º do CCP.

1.8.4. No n.º 2 do artigo 5.º do CCP, o legislador acolheu expressamente a figura da contratação *in house*³⁵, que corresponde a uma relação contratual entre dois sujeitos juridicamente distintos, em que se verifica uma relação de estreita dependência da adjudicatária em relação à adjudicante, que subtrai ou elimina a autonomia de vontade da adjudicatária, de tal forma que o contrato se equipara a uma operação interna ou realizada “*dentro de casa*”.

Por força desta opção excluiu-se da aplicação da Parte II do CCP os contratos celebrados por uma entidade adjudicante com uma entidade adjudicatária, quando se

³⁴ Os limiares comunitários previstos na legislação sobre contratos público foram recentemente revistos pelo Regulamento (CE) n.º 1177/2009 da Comissão, de 30 de Novembro de 2009 (publicado no JO L n.º 314, de 1 de Dezembro de 2009), que altera as Directivas n.ºs 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

³⁵ O conceito foi desenvolvido a partir da jurisprudência comunitária, especialmente a partir do Acórdão Teckal.

verifique o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- a) A adjudicatária está submetida perante a entidade adjudicante a um controlo análogo à que esta exerce, isoladamente ou em conjunto com outra entidade, sobre os seus serviços; e
- b) A adjudicatária desenvolve o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior.

A interpretação destes requisitos encontra-se suficientemente desenvolvida no estudo de GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE sobre o âmbito de aplicação do CCP³⁶, mas não prejudica a apresentação de algumas notas complementares.

Defendem estes autores que a densificação do conceito “controlo análogo” se concretiza por aproximação ao controlo hierárquico exercido sobre os serviços internos de uma qualquer entidade administrativa, designadamente através do uso dos poderes subjacentes a uma relação hierárquica administrativa.

Creemos que a previsão normativa da alínea a) do n.º 2 do artigo 5.º do CCP contém mais do que a verificação deste tipo de controlo “hierárquico”, pois pode conter, claramente, o tipo de relação que, pelo menos, se estabelece entre sociedades comerciais em relação de domínio total (artigos 480.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais), em que uma delas pode emitir instruções vinculativas sobre a outra, sem que possa, contudo, substituir-se ou revogar uma decisão tomada pelos órgãos sociais da sociedade dominada.

Todavia, os poderes *de facto* que a sociedade dominante exerce sobre a sociedade dominada, tais como a eleição de órgão sociais, o reforço ou diminuição de capitais, alterações relevantes sobre a actividade, incluindo alterações do pacto social, deliberação sobre o relatório e contas anuais, deliberação sobre remunerações dos órgãos sociais, serão poderes mais eficazes do que propriamente os poderes hierárquicos que se estabelecem no seio de uma organização de matriz vertical.

A partir deste exemplo podemos sugerir que a interpretação do conceito *controlo análogo* englobe todas as situações em que uma entidade adjudicante possa influenciar, de forma permanente, directa ou indirectamente, a formação da vontade da entidade dominada, independentemente do veículo ou forma de influência.

³⁶ GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código Dos Contratos Públicos – Âmbito da sua aplicação*, Almedina, 2008, páginas 59 e seguintes.

1.8.5. Também aderem os supra mencionados autores ao entendimento extraído do Acórdão Carbotermo³⁷ segundo o qual se verifica o requisito do *exercício do essencial da actividade da entidade adjudicatária em prol da entidade ou entidades adjudicantes*, quando essa actividade representar, pelo menos, 80% da actividade da entidade adjudicatária.

Ora, este critério carece de ser aprofundado, porque senão podem criar-se situações de contratação *in house* indevidas.

Assim, será porventura adequado que o intérprete se inspire na norma do artigo 13.º da Directiva n.º 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos *sectores especiais*, que previa, como condição de aplicação da contratação directa entre duas entidades, a verificação de que 80% do volume médio de negócios realizado por uma dessas empresas na Comunidade em matéria de serviços, nos últimos três anos, resulte da prestação desses serviços às empresas às quais se encontra associada por uma relação *in house*.

O factor temporal deve ser introduzido para se garantir estabilidade e consistência na análise impedindo que um contrato excepcional, num determinado ano, influencie e distorça o posicionamento no mercado de determinada entidade. Pelo que na interpretação da alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º do CCP, deve considerar-se um período relevante para aferir se determinada entidade adjudicatária dirige para determinada entidade adjudicante o essencial da sua actividade.

Inclinamo-nos, face à regra que vigorou no corpo da Directiva n.º 93/38/CEE, para um período de três anos, mas admitem-se, necessariamente, excepções fundamentadas. Desde logo no momento em que a entidade adjudicatária foi criada, que pode ser há menos de 3 anos, e numa eventual alteração estrutural da entidade adjudicatária de forma a satisfazer, quase em exclusividade, as necessidades da entidade adjudicante, abdicando, por isso, de uma plena concorrência no mercado.

Tal como foi referido a propósito da interpretação da descrição normativa da qualificação de determinada entidade como organismo de direito público, consideramos que só uma análise casuística dos elementos de facto em presença permitirá interpretar de forma conclusiva a constituição, manutenção ou extinção de uma relação *in house*.

³⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades, relativo ao processo n.º C-340/04, de 11 de Maio de 2006 (Carbotermo SpA e Consorzio Alisei contra Comune di Busto Arsizio e AGESP SpA).

1.8.6. Uma outra especificidade foi acolhida, expressamente, no n.º 3 do artigo 5.º do CCP para os hospitais que tenham a natureza jurídica de entidade pública empresarial (enquadramento genérico dos artigos 23.º a 34.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro).

Estas entidades adjudicantes beneficiam de uma maior flexibilidade na contratação de empreitadas de obras públicas de valor inferior a 4.845.000 euros e aquisições de bens e serviços de valor inferior a 206.000 euros. Por força desta especificidade legal, tais entidades poderão nesse tipo de contratação dispensar a aplicação da Parte II do CCP, abrindo-se caminho para uma ampla liberdade de celebração.

Este regime tornou-se extensível às associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica, bem como, exclusivamente no âmbito da actividade científica e tecnológica, pelas instituições de ensino superior públicas e pelos laboratórios de Estado, devido à publicação do Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro (artigo 2.º).

Não obstante, estas entidades adjudicantes estão submetidas aos princípios da transparência, concorrência e igualdade e, por força do disposto no n.º 13 da Resolução de Conselho de Ministros n.º 49/2207, de 28 de Março, devem *“adoptar critérios de adjudicação orientados por princípios de economia e eficácia que assegurem a eficiência das transacções realizadas e a igualdade de oportunidades para todos os interessados habilitados para o efeito”*.

1.8.7. O n.º 4 do artigo 5.º contém ainda um conjunto de excepções que se traduzem, nas matérias por eles referidas, numa reserva de contratação não submetida à concorrência, pois a formação de tais contratos fica dispensada da aplicação da Parte II do CCP.

Encontram-se abrangidos por essas excepções:

- a) Contratos que devam ser celebrados com uma entidade, que seja ela própria uma entidade adjudicante, em virtude de esta beneficiar de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, desde que a atribuição desse direito exclusivo seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis³⁸ - A título de exemplo, a concessão prevista no Decreto-Lei n.º 33/2009, de 5 de Fevereiro;

³⁸ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais...”, páginas 51 e seguintes.

- b) Contratos mediante os quais qualquer das entidades adjudicantes da administração pública em sentido orgânico se obrigue a alienar ou a locar bens móveis ou a prestar serviços, excepto quando o adquirente ou o locatário também seja uma entidade adjudicante – o artigo 6.º, n.º 1 do CCP, já esclarece que na formação de contratos de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços entre entidades adjudicantes descritas no n.º 1 do artigo 2.º se deve aplicar a Parte II do CCP;
- c) Contratos cujo objecto principal consista na atribuição, por qualquer das entidades adjudicantes do sector público administrativo tradicional de subsídios ou de subvenções de qualquer natureza –Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto relativo à atribuição de subvenções públicas;
- d) Contratos de sociedade cujo capital social se destine a ser exclusivamente detido pelas entidades adjudicantes do sector público administrativo tradicional³⁹ - por força do disposto nos artigos 273.º, n.º 2 e 488.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais poderão ser outorgados contratos de sociedade em que não esteja presente o número mínimo de accionistas ou em que a entidade adjudicante seja o único accionista;
- e) Contratos de aquisição de serviços financeiros relativos à emissão, compra, venda ou transferência de títulos ou outros instrumentos financeiros, nomeadamente os contratos relativos a operações de obtenção de fundos ou de capital pela entidade adjudicante, bem como os contratos a celebrar em execução das políticas monetária, cambial ou de gestão de reservas e os de aquisição de serviços de carácter financeiro prestados pelo Banco de Portugal;
- f) Contratos de aquisição de serviços que tenham por objecto os serviços de saúde e de carácter social mencionados no anexo II-B da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, bem como os contratos de aquisição de serviços que tenham por objecto os serviços de educação e formação profissional mencionados no referido anexo, que confirmam certificação escolar ou certificação profissional – os serviços mencionados no anexo II-B da Directiva n.º 2004/18/CE encontram-se, actualmente, identificados no Regulamento (CE) n.º 213/2008 da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, que altera o Regulamento (CE) n.º

³⁹ Embora esta excepção não refira os organismos de direito público, deve considerar-se que os mesmos também não estão vinculados a promover um dos procedimentos adjudicatórios da Parte II do CCP porque o n.º 2 do artigo 6.º não inclui o contrato de sociedade no conjunto de contratos que estas entidades adjudicantes devem obrigatoriamente submeter à concorrência.

2195/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV)⁴⁰;

- g) Contratos que se destinem à satisfação de necessidades de uma entidade adjudicante cujos serviços se encontrem instalados em território de Estado não signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, desde que celebrados com uma entidade também nele sediada;
- h) Contratos a celebrar, ao abrigo de um acordo de cooperação para o desenvolvimento, com uma entidade sediada num dos Estados dele signatários e em benefício desse mesmo Estado, desde que este não seja signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu;
- i) Contratos abrangidos pelo disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 296.º do Tratado da Comunidade Europeia, desde que a respectiva formação seja regulada por lei especial – esta excepção enquadra-se na disciplina específica de contratação de equipamentos militares prevista no Decreto-Lei n.º 33/99, de 5 de Fevereiro⁴¹.

1.8.8. A dispensa da aplicação da Parte II do CCP não significa uma total *fuga para o direito privado* na formação destes contratos, porquanto as entidades adjudicantes na sua formação estão submetidas aos princípios gerais da actividade administrativa e às normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo⁴². Também quando estejam em causa contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, aplicam-se as normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações.

Quando a entidade adjudicante seja uma das referidas no n.º 1 do artigo 2.º, na

⁴⁰ Não obstante a exclusão da aplicação da Parte II do CCP, o n.º 5 do artigo 5.º determina que a contratação destes serviços deve basear-se na descrição do objecto do contrato, conforme as regras aplicáveis às especificações técnicas previstas no artigo 49.º, devendo a entidade adjudicante publicitar a adjudicação conforme previsto no artigo 78.º do CCP.

⁴¹ Já foi publicada a Directiva n.º 2009/81/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da Defesa e Segurança. Esta Directiva entrou em vigor no dia 21 de Agosto, deverá ser transposta até 21 de Agosto de 2011 e determinará a alteração do Decreto-Lei n.º 33/99, de 5 de Fevereiro, na medida em que regulamenta o recurso ao procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio, o processamento de informações classificadas e a inscrição de regras relativas à confidencialidade e segurança nos abastecimentos.

⁴² Esta vinculação já era doutrinariamente defendida por MARIA JOÃO ESTORNINHO (*A fuga para o direito privado*).

formação dos contratos referidos nos números 1 a 4 é ainda aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos capítulos VIII e IX do título II da parte II do presente Código, o que significa que mesmo aos contratos excluídos se aplicam as disposições relativas à habilitação dos concorrentes e à prestação de caução nos contratos, o que garante que as entidades adjudicantes que possam beneficiar da flexibilidade conferida pela contratação excluída deverão, ainda assim, zelar pela idoneidade dos contraentes e salvaguardar o cumprimento do contrato a executar através do caucionamento da responsabilidade pelo bom cumprimento das prestações contratuais adjudicadas.

1.9. Síntese do âmbito de aplicação do CCP

Com base na análise dos pontos antecedentes, estamos em condições de apresentar uma síntese esquemática do âmbito de aplicação do CCP:

Referência normativa	Tipologia de entidades adjudicantes	Contratos abrangidos
Administração pública em sentido orgânico (n.º 1 do artigo 2.º do CCP)	Estado; Regiões Autónomas; autarquias locais; institutos públicos; fundações públicas ⁴³ ; associações públicas; e associações de que façam parte, pelo menos, uma destas pessoas colectivas e desde que na relação entre ambas a associada exerça sobre a associação uma influência jurídica ou financeira relevante ⁴⁴	O CCP aplica-se a todos os contratos que celebrem, com as seguintes excepções: - contratos excluídos (artigo 4.º do CCP); - contratos celebrados entre entidades adjudicantes que não sejam susceptíveis de ser submetidas à concorrência (n.º 1 do artigo 5.º); - contratação in house (n.º 2 do artigo 5.º); - outros contratos previstos no artigo 5.º, salvaguardando-se a aplicação a estes contratos dos Capítulos VIII e XIX da Parte II ⁴⁵ .
Organismos de direito público [alíneas a) e b) do n.º 2 e n.º 3 do artigo 2.º do CCP]	Pessoas colectivas que tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial e desde que uma das entidades da administração pública	Aos contratos de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços aplica-se a Parte II do CCP. Os outros contratos celebrados pelos

⁴³ Não inclui as instituições de ensino superior que venham a adoptar a forma de fundações públicas de direito privado.

⁴⁴ A influência relevante evidencia-se pela verificação de uma das seguintes situações: i) a associação seja maioritariamente financiada pela associada; ii) esteja sujeita ao seu controlo de gestão; iii) tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades.

⁴⁵ n.º 7 do artigo 5.º do CCP.

Referência normativa	Tipologia de entidades adjudicantes	Contratos abrangidos
	em sentido orgânico exerça sobre a pessoa colectiva uma influência jurídica ou financeira relevante ⁴⁶ Pessoas relativamente às quais, pelo menos, um organismo de direito público exerça uma influência jurídica ou financeira relevante.	organismos de direito público estão dispensados da aplicação das normas do CCP na sua formação.
Outras entidades adjudicantes de natureza associativa [alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP]	- As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas que sejam os referidos organismos de direito público, desde que, pelo menos, uma destas associadas exerça sobre a associação uma influência jurídica ou financeira relevante.	Aos contratos de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços aplica-se a Parte II do CCP. Os outros contratos celebrados pelos organismos de direito público estão dispensados da aplicação das normas do CCP na sua formação.
Entidades adjudicantes por extensão [artigo 275.º do CCP]	Pessoas colectivas que não sejam consideradas entidades adjudicantes, nos termos dos artigos 2.º ou n.º 1 do artigo 7.º do CCP	- Contratos de empreitada financiados directamente em mais de 50 % por qualquer das entidades adjudicantes do artigo 2.º quando o respectivo preço for superior a seja igual ou superior a 4.845.000 euros. - Contratos de aquisição de serviços financiados directamente em mais de 50 % por qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º, o respectivo preço contratual seja igual ou superior a 206.000 euros e os serviços sejam complementares, dependentes ou se encontrem, por qualquer forma, relacionados com o objecto de um contrato de empreitada a cuja formação é aplicável o CCP.

1.10. Âmbito de aplicação do CCP nos sectores especiais

Por força da Directiva n.º 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, as entidades que operam nos sectores especiais (água, energia, transportes e serviços postais)⁴⁷ são identificadas pelo CCP como entidades abrangidas pela aplicação da Parte II do CCP⁴⁸.

⁴⁶ *infra* nota de rodapé n.º 27.

⁴⁷ No artigo 9.º, n.º 1, o legislador identificou as várias categorias de serviços especiais.

⁴⁸ O Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto continha o regime adjudicatório aplicável à formação dos contratos celebrados nos sectores especiais, foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de

A concretização desta orientação comunitária não é fácil face à recepção normativa operada pelo CCP, nos artigos 7.º a 15.º do CCP, em que abundam as remissões para o próprio CCP e para os textos das Directivas comunitárias sobre contratos públicos, excepções às soluções legais e limitações a essas excepções, formando uma teia normativa difícil de interpretar, sem que seja perceptível a razão de ser de tal arte de legislar.

Numa tentativa de clarificação, importa, num primeiro momento, segmentar a análise e sugerir que o ponto de partida na aplicação do regime adjudicatório dos sectores especiais é identificar a actividade em que a entidade opera e verificar se essa actividade é subsumível no elenco de actividades pertencente aos sectores especiais.

Num segundo momento, deverá o intérprete verificar se a entidade adjudicante em causa, se enquadra no âmbito subjectivo especial definido pelo legislador para os sectores especiais.

Num terceiro e último momento haverá o intérprete que apurar se o contrato que se visa celebrar é um dos contratos identificados no CCP como estando submetido ao regime adjudicatório dos sectores especiais.

Portanto, a submissão de determinada contratação a este regime adjudicatório pressupõe a ponderação consecutiva da actividade desenvolvida, da natureza jurídica da entidade que a desenvolve e do objecto do contrato a celebrar.

1.10.1. Aplicando a metodologia de interpretação sugerida, verificamos que as entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º, que inclui os *organismos de direito público*, deverão aplicar as regras de incidência objectiva e subjectiva previstas no título II da Parte I do CCP, quando os contratos a celebrar digam directa e principalmente respeito a uma ou várias das actividades dos sectores especiais (artigo 12.º do CCP).

Ou seja, pode verificar-se uma sobreposição do âmbito subjectivo de aplicação do CCP, mas numa lógica de especialidade prevalecem as normas delineadas para os sectores especiais quando as entidades adjudicantes já estivessem, por força da sua natureza jurídica, submetidas à aplicação do CCP, pela aplicação do n.º 2 do artigo 2.º.

Como referido, a aplicação do regime dos sectores especiais pressupõe uma subsunção clara da contratação em causa às actividades identificadas pelo legislador

Janeiro, que unificou os regimes adjudicatórios aplicáveis às entidades adjudicantes, independentemente do sector em que operam.

como sectores especiais.

Consequentemente, do confronto entre o artigo 7.º e o artigo 9.º do CCP resulta que se devem considerar desenvolvidas nos sectores especiais, para efeitos da aplicação do CCP, as seguintes actividades:

Sector	Actividade
Água e energia	Colocação à disposição, a exploração e a alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável, electricidade, gás ou combustível para aquecimento. Exploração de uma área geográfica com a finalidade de: Prospectar ou proceder à extracção de petróleo, gás, carvão ou outros combustíveis sólidos.
Transportes	Colocação à disposição dos transportadores aéreos, marítimos ou fluviais quaisquer terminais de transporte, designadamente aeroportos, portos marítimos ou interiores. Colocação à disposição e a exploração de redes de prestação de serviços de transporte público por caminho de ferro, por sistemas automáticos, por eléctricos, por tróleys, por autocarros ou por cabo, sempre que as condições de funcionamento, nomeadamente os itinerários, a capacidade de transporte disponível e a frequência do serviço, sejam fixadas por autoridade competente
Serviços postais⁴⁹ e actividades conexas	Prestação de serviços postais. Prestação de serviços de gestão de serviços de correio, anteriores ou posteriores ao envio postal. Prestação de serviços de valor acrescentado associados à via electrónica e inteiramente efectuados por essa via, incluindo os serviços de transmissão protegida de documentos codificados por via electrónica, os serviços de gestão de endereços e os serviços de envio de correio electrónico registado. Prestação de serviços de filatelia. Prestação de serviços que combinem a entrega física ou o armazenamento de envios postais com outras funções não postais. Prestação de serviços financeiros, nomeadamente serviços de seguros, serviços bancários, serviços de investimento e serviços relativos à emissão, compra, venda ou transferência de títulos ou outros instrumentos financeiros ou ainda ao processamento de ordens de pagamento postal, ordens de transferência postal ou outras similares.

Acresce que a prestação de serviços postais e actividades conexas só são consideradas como actividades integradas nos sectores especiais, para efeitos de aplicação do CCP, se os respectivos serviços forem prestados por uma entidade que preste igualmente serviços postais, em condições não expostas à concorrência em mercado de acesso não limitado.

⁴⁹ Serviços que consistem na aceitação, tratamento, transporte e distribuição de envios postais, incluindo os que possam ou não ser reservados ao abrigo do disposto no artigo 7.º da Directiva 97/67/CE, do Parlamento e do Conselho, de 15 de Dezembro.

1.10.2. Mas, nem todas estas actividades estão plenamente inseridas no conceito de sectores especiais, porque logo no artigo 10.º do CCP o legislador introduz uma série de excepções relevantes.

Desde modo, não deve ser considerada, para efeitos de interpretação do conceito sectores especiais e conseqüentemente para a aplicação do CCP, as actividades de alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, transporte ou distribuição de água potável ou de electricidade, previstas no artigo 10.º do CCP.

De acordo com este preceito, o intérprete, na aplicação do CCP, deverá considerar as seguintes excepções, que resultam na inexistência da obrigatoriedade de aplicar as regras procedimentais previstas na Parte II do CCP:

Sector	Actividade excepcionada
Água e energia	<p>A produção de água potável ou de electricidade, pela entidade adjudicante, seja necessária ao exercício de uma actividade diferente da alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público.</p> <p>A alimentação daquela rede dependa apenas do consumo próprio da entidade adjudicante e não tenha excedido 30 % da produção total de água potável ou de electricidade dessa entidade, consoante o caso, tomando por referência a média dos três últimos anos, incluindo o ano em curso.</p> <p>A alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, transporte ou distribuição de gás ou de combustível para aquecimento quando:</p> <p>a) A produção de gás ou de combustível para aquecimento pela entidade adjudicante seja a consequência inevitável do exercício de uma actividade diferente das actividades dos sectores especiais;</p> <p>b) A alimentação daquela rede se destine apenas a explorar de maneira mais económica a produção de gás ou de combustível para aquecimento e não represente mais de 20 % do volume de negócios da entidade adjudicante, tomando por referência a média dos três últimos anos, incluindo o ano em curso.</p>
Transportes	<p>A prestação de um serviço de transporte público por autocarro é excepcionada do conceito de sectores especiais quando outras entidades possam também exercer livremente essa actividade, nas mesmas condições, quer num plano geral quer numa zona geográfica específica.</p>

Delimitado o tipo de actividade subjacente à subsunção no âmbito dos sectores especiais, é possível elencar o tipo de pessoas colectivas que devem ser consideradas entidades adjudicantes nos sectores especiais.

Nestes termos, o âmbito subjectivo específico dos sectores especiais inclui:

- a) Quaisquer pessoas colectivas, que não se enquadrem no artigo 2.º do CCP, nomeadamente por satisfazerem necessidades de interesse geral com carácter comercial ou industrial, que exerçam uma ou várias actividades

nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e em relação às quais qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante⁵⁰;

- b) Quaisquer pessoas colectivas que não sejam entidades adjudicantes, nos termos do artigo 2.º, mas que gozem de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional e que tenham por efeito⁵¹:
 - i. Reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou várias actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais; e
 - ii. Afectar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas actividades;
- c) Quaisquer pessoas colectivas constituídas exclusivamente por entidades adjudicantes referidas nas alíneas anteriores ou que sejam por elas maioritariamente financiadas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades, desde que se destinem ao exercício em comum de actividade nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais⁵².

Após a identificação das actividades compreendidas nos sectores especiais, da contratação excluída e das entidades adjudicantes, o trilha do intérprete na interpretação do Título II da Parte I do CCP não termina, já que o artigo 11.º do CCP reserva aos operadores dos sectores especiais um *âmbito de aplicação objetivo especial*, que se traduz, novamente, numa restrição da aplicação do CCP.

Efectivamente não são todos os contratos outorgados por estas entidades adjudicantes dos sectores especiais que ficam submetidos à disciplina do CCP, mas tão

⁵⁰ O n.º 2 do artigo 7.º contém, a título exemplificativo, um conjunto de indícios constitutivos da situação de influência dominante: entidade dominante tem a maioria do capital social ou a maioria dos direitos de voto da entidade dominada; a entidade dominante tem o controlo de gestão da entidade dominada ou a faculdade de designar a maioria dos titulares dos seus órgão de administração direcção ou fiscalização.

⁵¹ A principal diferença em relação à previsão da alínea anterior decorre do facto de relativamente a estas pessoas colectivas beneficiárias de um direito exclusivo ou especial, que não tenha sido formado em ambiente de concorrência, as entidades adjudicantes do artigo 2.º não poderem exercer uma influência dominante.

⁵² Aplica-se a esta alínea a lógica de qualificação dos organismos de direito público, que está presente no n.º 2 do artigo 2.º do CCP.

somente aqueles que preenham os seguintes requisitos cumulativos:

- a) contratos que digam directa e principalmente respeito a uma ou a várias das actividades por elas exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais; e
- b) O objecto desses contratos abranja prestações típicas dos seguintes contratos:
 - i. Empreitada de obras públicas cujo valor seja igual ou superior a 4.845.000 euros⁵³;
 - ii. Concessão de obras públicas;
 - iii. Concessão de serviços públicos;
 - iv. Locação ou aquisição de bens móveis, ou aquisição de serviços, cujo valor seja igual ou superior a 387.000 euros⁵⁴.

Sem prejuízo destas limitações genéricas à aplicação do CCP, o legislador impôs a aplicação da Parte II do CCP às entidades adjudicantes dos sectores especiais quando os contratos a celebrar digam respeito a uma ou várias das actividades desses sectores e tenham por objecto:

- a) Contratos de aquisição de serviços de carácter financeiro prestados pelo Banco de Portugal⁵⁵;
- b) Contratos relativos à aquisição, ao desenvolvimento, à produção ou à co-produção de programas destinados a emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão.

Em particular, no sector da água, as entidades adjudicantes referidas pelo n.º 1 do artigo 7.º estão vinculadas a aplicar a Parte II do CCP, na formação dos seguintes contratos:

- a) Contratos relacionados com projectos de engenharia hidráulica, de irrigação ou de drenagem, desde que o volume de água destinada ao abastecimento de água potável represente mais de 20 % do volume total de água fornecida de acordo com aqueles projectos ou por instalações de

⁵³ alínea b) do n.º 1 do artigo 16.º da Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, com a redacção que lhe foi conferida pelo Regulamento (CE) n.º 1422/2007 da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007

⁵⁴ Alínea a) do n.º 1 do artigo 16.º da Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, com a redacção que lhe foi conferida pelo Regulamento (CE) n.º 1422/2007 da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007.

⁵⁵ Lei orgânica do Banco de Portugal, aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de Janeiro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 118/2001, de 17 de Abril, 50/2004, de 10 de Março e 39/2007, de 20 de Fevereiro.

irrigação ou de drenagem;

- b) Contratos relacionados com a rejeição ou o tratamento de águas residuais⁵⁶.

1.11. Contratação excluída nos sectores especiais

Tal como sucede para a contratação pública comum (artigos 4.º e 5.º do CCP), nos sectores especiais também existem contratos excluídos.

De acordo com o artigo 13.º do CCP, o âmbito de aplicação objectivo, definido nos artigos 11.º e 12.º do CCP, deixa de ser relevante para a vinculação dessas entidades adjudicantes à adopção de um procedimento adjudicatório quando se pretenda celebrar:

- a) Contrato a executar num país terceiro, desde que tal execução não implique a exploração física de uma rede pública ou de uma área geográfica no interior do território da União Europeia;
- b) Contratos a celebrar por uma entidade adjudicante cuja actividade esteja directamente exposta à concorrência⁵⁷ em mercado de acesso não limitado, desde que tal seja reconhecido pela Comissão Europeia, a pedido do Estado Português, da entidade adjudicante em causa ou por iniciativa da própria Comissão Europeia, nos termos do disposto no artigo 30.º da Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março;
- c) Contrato a celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pelas alíneas a) ou b) do n.º 2 do artigo 2.º (organismos de direito público) e uma empresa sua associada ou uma entidade abrangida pela alínea d) do mesmo número da qual aquela entidade adjudicante faça parte (associações nas quais os organismos de direito público exerçam uma

⁵⁶ Decreto-Lei n.º 379/93, de Novembro e Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de Abril, referentes ao regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos e Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de Abril, referente ao regime de Parcerias entre o Estado e as Autarquias Locais para a exploração e gestão de sistemas municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos

⁵⁷ De acordo com o n.º 2 do artigo 30.º da Directiva n.º 2004/17/CE, interferem no juízo de exposição à concorrência critérios como as características dos produtos ou serviços em causa, a existência de produtos ou serviços alternativos, os preços e a presença, real ou potencial, de mais do que um fornecedor dos produtos ou serviços em questão.

influência, jurídica ou financeira, relevante)⁵⁸;

- d) Contrato a celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pela alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º e uma entidade abrangida pelas alíneas a) ou b) do mesmo número ou uma empresa associada a esta última;
- e) Contrato a celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pelas alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 7.º e uma empresa sua associada ou uma entidade abrangida pela alínea c) do mesmo número, da qual aquela entidade adjudicante faça parte;
- f) Contrato a celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pela alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º e uma entidade abrangida pelas alíneas a) ou b) do mesmo número ou uma empresa associada a esta última.

As exclusões previstas nas alíneas c) a f) só se aplicam desde que, pelo menos, 80 %⁵⁹ da média do volume de negócios da empresa associada nos últimos três anos, em matéria de obras, de bens móveis ou de serviços, consoante o caso, provenha da realização dessas obras, do fornecimento desses bens ou da prestação desses serviços à entidade à qual aquela se encontra associada ou, caso a empresa associada esteja constituída há menos de três anos, desde que esta demonstre, nomeadamente por recurso a projecções da sua actividade, que o respectivo volume de negócios é credível.

O conceito de empresa associada é densificado no artigo 14.º do CCP: qualquer pessoa colectiva cujas contas anuais sejam consolidadas com as da entidade adjudicante nos termos do disposto na Sétima Directiva n.º 83/349/CEE, do Conselho, de 13 de Junho, ou, no caso de a entidade adjudicante não se encontrar abrangida pela referida Directiva:

- a) Qualquer pessoa colectiva sobre a qual a entidade adjudicante possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante em virtude, nomeadamente, de deter a maioria do capital social, a maioria dos direitos de voto, o controlo de gestão ou o direito de designar, directa ou

⁵⁸ Esta entidade deve ter sido criada para desenvolver a sua actividade no sector da água, energia, dos transportes ou dos serviços postais durante um período mínimo de 3 anos e os instrumentos jurídicos que as constituem devem estabelecer que as entidades que dela fazem parte as integram, pelo menos, durante 3 anos.

⁵⁹ Se as obras, os bens móveis ou os serviços forem, respectivamente, realizados, fornecidos ou prestados à entidade adjudicante por mais do que uma empresa associada, a percentagem referida é calculada tendo em conta o volume total de negócios, em matéria de obras, de bens móveis ou de serviços, de todas as empresas associadas.

indirectamente, a maioria dos titulares de um órgão de administração, direcção ou fiscalização;

- b) Qualquer pessoa colectiva que possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante sobre a entidade adjudicante, em virtude de qualquer uma das situações referidas na alínea anterior;
- c) Qualquer pessoa colectiva que, conjuntamente com a entidade adjudicante, esteja sujeita, directa ou indirectamente, à influência dominante de uma terceira entidade, em virtude de qualquer uma das situações referidas na alínea a).

2. Início do procedimento

2.1. Decisão de contratar

A decisão de contratar inicia o procedimento e pode aglutinar um conjunto de outras decisões instrumentais que são relevantes para a contratação, tais como a escolha do procedimento de adjudicação, a aprovação das peças do procedimento e a nomeação do júri, ou comissão, nos casos de ajuste directo.

2.1.1. Apesar do silêncio da lei, recomenda-se que o decisor divulgue a decisão de contratar. O acto que determina o início do procedimento (artigo 36.º, n.º 1 do CCP) deve ser exteriorizado de forma a ser conferida a sua legalidade pelos interessados, nomeadamente para se perceberem os motivos que levam a entidade adjudicante a realizar despesa, o enquadramento orçamental do acto, o interesse público a prosseguir através da outorga de um contrato com um determinado objecto⁶⁰.

Acresce destacar que a necessidade de divulgação do acto da decisão de contratar não é consumida pelo anúncio publicado no Diário da República ou Jornal Oficial da União Europeia, porquanto nem todos os procedimentos são publicitados nestes termos; veja-se o caso do ajuste directo com consulta apenas a um interessado, com base em critérios materiais. Também por este argumento se sustenta a necessidade de conferir um tratamento autónomo à decisão de contratar, que aglutina a decisão de autorização de despesa⁶¹.

⁶⁰ FAUSTO DE QUADROS, "O concurso público na formação do contrato administrativo", in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1987, III, página 707.

⁶¹ O artigo 36.º, n.º 1 do CCP parece contribuir para desmobilizar a controvérsia doutrinária existente a propósito da dicotomia entre a abertura do concurso e o início do procedimento adjudicatório. Terá prevalecido o entendimento de MARGARIDA OLAZABAL CABRAL que sustenta que o procedimento se

Como observa TIAGO DUARTE⁶², impõe-se a publicitação da decisão de contratar, quanto mais não seja para fixar a legislação aplicável ao procedimento, para que o acto seja conhecido pelos interessados na sua impugnação e, por maioria de razão, para se poder contar o respectivo prazo de impugnação judicial.

Não é claramente perceptível porque motivo a decisão de contratar não está submetida a uma fundamentação expressa, já que tal exigência se impõe para a decisão de escolha do procedimento (artigo 38.º do CCP).

Em prol da transparência na actividade contratual, elevada a princípio pelo n.º 4 do artigo 1.º do CCP, seria, manifestamente, preferível que o CCP tivesse acolhido conteúdos mínimos vinculativos na fundamentação da decisão de contratar, tais como identificação da necessidade a satisfazer, estimativa de custo associado e a oportunidade do acto.

Em síntese, o surgimento das plataformas electrónicas na dinâmica dos contratos públicos é um convite ao aprofundamento da transparência, daí a defesa da publicitação, nesse meio de divulgação, da decisão de contratar.

2.2. Autorização de despesa

À data da elaboração deste comentário mantêm-se em vigor os artigos 16.º a 22.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, que definem os limites de competência para a autorização de realização de despesa pública.

Assim, o quadro de competências é influenciado pela natureza da pessoa colectiva e do órgão que pratica o acto de autorização de realização de despesa pública, sendo que na pessoa colectiva Estado têm competência própria para autorizar despesa, até aos montantes legalmente definidos, os órgãos Director-Geral ou equiparado, Secretário de Estado, Ministro, Primeiro-Ministro e Conselho de Ministros; nas autarquias locais têm competência para autorizar despesa os Presidentes de câmara, os conselhos de administração dos serviços municipalizados, as câmaras municipais, as juntas de freguesia, o conselho de das associações de autarquias locais e o órgão executivo de entidades equiparadas a autarquias locais; nos organismos dotados de autonomia administrativa e financeira (inclui institutos públicos) têm competência para autorizar despesa os respectivos órgãos máximos (artigos 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).

inicia com o acto de abertura (*O concurso público nos contratos administrativos*, Almedina, 1999, página 141), que sendo um acto complexo absorve vários actos preparatórios dirigidos ao mesmo fim.

⁶² TIAGO DUARTE, “A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos: *da idade do armário à idade dos porquês*”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, páginas 176 e 177.

A autorização de despesa noutras entidades adjudicantes, como associações públicas e organismos de direito público, deverá ser conferida face aos estatutos e regimentos que regulam a sua actividade.

Para agilizar o processo de decisão, a lei ampliou a admissibilidade da delegação de competências, impedindo a prática deste acto apenas quanto à qualificação de concorrentes ou adjudicação de propostas (artigos 109.º, n.º 1, e 69, n.º 2 do CCP).

É uma solução mais flexível do que a prevista nos artigos 27.º a 29.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, desde logo porque não evidencia quaisquer limites à faculdade de subdelegação, que se integra no núcleo de decisão da entidade competente para autorizar a despesa e que, no contexto da realização de despesa, pode ser exercida livremente (artigo 36.º do Código de Procedimento Administrativo).

A título de exemplo, a competência para a realização de despesas, sem limite, não integradas em planos ou programas plurianuais legalmente aprovados, é do Conselho de Ministros; mas, ao abrigo da legislação revogada com a entrada em vigor do CCP, considerava-se delegada no Primeiro-ministro, que podia, casuisticamente, subdelegar no Ministro das Finanças (artigos 28.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho). Actualmente esta competência continua a ser do Conselho de Ministros, todavia pode ser delegada no Primeiro-ministro e se não for inserida reserva expressa no acto de delegação, este pode subdelegar, nos termos em que entender, a referida competência.

Destaca-se a possibilidade conferida pelo n.º 3 do artigo 109.º do CCP, que estabelece a correspondência entre a delegação da competência para a decisão de contratar e a delegação de todos os actos cuja competência esteja, no CCP, conferida ao órgão competente para praticar aquele acto. Assim, o órgão delegado ao receber a competência para a **decisão de contratar** recebe, automaticamente, a delegação de competências para:

- a) Escolher o procedimento de adjudicação a adoptar (artigo 38.º do CCP);
- b) Aprovar as peças do procedimento (artigo 40.º, n.º 2 do CCP);
- c) Rectificar erros ou omissões (artigo 50.º, n.º 3 do CCP);
- d) Emitir pronúncia sobre lista de erros e omissões apresentados pelos concorrentes (artigo 61.º, n.º 5 do CCP);
- e) Prorrogar o prazo para apresentação de propostas (artigo 64.º, n.º 4 do CCP);
- f) Decidir sobre a classificação de documentos da proposta (artigo 66.º, n.º 2 do CCP);

- g) Designar o júri e/ou peritos para coadjuvar o júri (artigos 67.º, n.º 1 e 68.º, n.º 6 do CCP);
- h) Delegar competências no júri (artigo 69.º, n.º 2 do CCP);
- i) Fundamentar a qualificação de preço anormalmente baixo (artigo 71.º, n.º 2 do CCP);
- j) Adjudicar uma proposta (artigo 73.º, n.º 1 do CCP);
- k) Notificar o adjudicatário da decisão de adjudicação, prazo para prestar caução e confirmar compromissos relativos a subcontratações (artigo 77.º, n.º 2 do CCP);
- l) Solicitar documentos legalmente exigidos (artigo 81.º, n.º 8 do CCP);
- m) Solicitar documentos de habilitação na versão original (artigo 83.º, n.º 4 do CCP);
- n) Dispensar a redução do contrato a escrito (artigo 95.º, n.º 2 do CCP);
- o) Aprovar a minuta do contrato (artigo 98.º, n.º 1 do CCP);
- p) Propor ajustamentos ao conteúdo do contrato (artigo 99.º, n.º 1 do CCP);
- q) Representar a entidade adjudicante na outorga do contrato (artigo 106.º, n.º 1 do CCP).
- r) A identificação deste conjunto de competências delegadas *ipso jure* não prejudica a existência de outras, inseridas no regime específico dos procedimentos de adjudicação, que se consideram igualmente delegadas com a delegação do acto de autorizar a despesa, nomeadamente a escolha sobre as entidades a convidar no procedimento de ajuste directo.

2.3. Especificidades das parcerias público-privadas

A formação de contratos que configurem parcerias público-privadas segue um regime específico para a formação da **decisão de contratar**. Para entidades adjudicantes como o Estado, Regiões Autónomas e Institutos Públicos a decisão de contratar compete aos membros do governo responsáveis pela área das finanças e da tutela da área governativa em causa (artigo 37.º do CCP).

Contudo, enquanto que para outros contratos a lei apenas regula a atribuição da competência para a decisão de contratar, sobrando para a interpretação doutrinária o itinerário da formação desse acto, nas parcerias público-privadas a formação do acto de autorização de despesa é submetida a procedimentos específicos previstos no Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

Apesar de o artigo 37.º do CCP remeter a figura e regime das parcerias público-privadas para *legislação própria* (com este âmbito e função específicas apenas se conhece o Decreto-Lei n.º 86/2003), assiste-se a uma controvérsia interpretativa entre estes dois textos que consideramos oportuno assinalar.

Uma interpretação possível, defendida por PEDRO SIZA VIEIRA⁶³, considera revogado o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril devido ao teor do n.º 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro (*“É igualmente revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível”*).

Esta posição não demonstra, porém, porque motivo haveria o legislador de revogar um conjunto de normas procedimentais específicas, sem que as mesmas fossem substituídas por normas ulteriores com similar função. De facto, as parcerias público-privadas têm por traço característico a transmissão de uma parte substancial do risco do contrato a outorgar para o parceiro privado, como contrapartida da remuneração, a longo prazo, da actividade do adjudicatário. Justifica-se, por isso, que as normas que vinculam os promotores públicos a ponderar a alocação do risco, a estimar a sustentabilidade da estrutura de custos em função da programação financeira das receitas do sector público e geradas pelo próprio projecto, continuem a vigorar e a parametrizar a formação da vontade de autorizar um procedimento adjudicatório de formação de uma parceria público-privada.

Esta interpretação apoia-se também no entendimento de NAZARÉ DA COSTA CABRAL⁶⁴, que considera a coexistência do Decreto-Lei n.º 86/2003 e do CCP por terem *“vocações”* e *“alvos”* diferentes. Segundo esta Autora, o Decreto-Lei n.º 86/2003 visa regular a intervenção em diferentes fases de uma parceria público-privada de departamentos governamentais e de membros do Governo, enquanto que o CCP dirige-se à constituição da relação contratual entre os parceiros público e privado. Ainda segundo esta Autora, enquanto que o Decreto-Lei n.º 86/2003 é um produto de direito económico, erigido em defesa de um modelo político de intervenção do Estado, o CCP é um produto de direito administrativo gizado para regular as relações entre a administração e os particulares na actividade de contratação pública.

Observa-se, também, a discussão sobre a vigência da norma relativa à reposição do equilíbrio financeiro do contrato (artigo 14.º-C do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril), devido à alegada sobreposição das matérias constantes do artigo 282.º do CCP;

⁶³ PEDRO SIZA VIEIRA, “O Código dos Contratos Públicos e as parcerias público-privadas”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, páginas 481 e seguintes.

⁶⁴ NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Almedina, 2008, página 148.

não acompanhamos, contudo, o entendimento revogatório defendido por GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE⁶⁵, porque a disciplina do Decreto-Lei n.º 86/2003 não é afastada pelo cariz marcadamente genérico e dirigido a quaisquer contratos que evidencia o artigo 282.º do CCP. Apesar de tudo, na obra mais recente destes autores⁶⁶ a posição sobre a revogação parcial do Decreto Lei n.º 86/2003 não é explicitada, limitando-se o seu comentário, sobre o artigo 37.º do CCP, a declarar a coincidência, sem reservas, entre a remissão prevista no CCP e o regime supra referido das parcerias público-privadas.

Em abono de opinião contrária às *teses revogatórias*, deve sublinhar-se que o legislador enunciou no n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, normas expressamente revogadas, omitindo qualquer referência ao Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

Atendendo à relevância do tema “parcerias público-privadas” no universo da contratação pública, considera-se assente que se tivesse havido intenção revogatória do diploma que regula a sua formação, a mesma seria explicitada pelo legislador; também não seria coerente prever no CCP remissões para *legislação própria* se houvesse intenção de a revogar, legando à ordem jurídica uma remissão para o vazio.

2.4. Escolha do procedimento

A *escolha do procedimento* pressupõe a ponderação da sua adequação ao objecto da contratação.

Embora a escolha entre o ajuste directo, o concurso público e concurso limitado por prévia qualificação não esteja dependente da demonstração de requisitos materiais previamente fixados na lei, ao contrário do que acontece com o procedimento por negociação e o diálogo concorrencial (artigos 17.º a 21.º, 29.º e 30.º do CCP), o decisor deve enunciar a motivação da sua escolha para que seja possível sindicatá-la a prossecução do interesse público, ou o respeito pelos princípios definidos no n.º 4 do artigo 1.º do CCP: *transparência, igualdade e concorrência*.

Não é indiferente para os operadores económicos a opção entre um procedimento de ajuste directo, com convite a um interessado, e um procedimento concursal que submete o conteúdo do contrato a celebrar à concorrência.

Tal opção pode configurar, *ab initio*, o afastamento de uma pluralidade de

⁶⁵ GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos...*, página 98.

⁶⁶ GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos (Regime da Contratação Pública)*, Volume I, Almedina, 2009, páginas 54, 55 e 197.

interessados em outorgar contratos públicos quando a escolha se baseie em critérios materiais de escolha do procedimento (artigos 23.º a 30.º); a fundamentação servirá o propósito de enunciar o cumprimento dos requisitos que a lei prevê, permitindo a qualquer interessado aferir da correcção e/ou validade do acto de escolha do procedimento.

Aliás, este acto pode ser impugnado contenciosamente, com a consequente anulação ou declaração de nulidade do contrato, através de uma **acção administrativa**, que pode dar origem a um **procedimento cautelar relativo a contencioso pré-contratual** [cfr artigos 4.º, n.º 2, alínea e), artigo 46.º, n.º 3 e 47.º, n.º 2 alínea c) e 100.º do CPTA]. São várias as hipóteses que poderíamos enunciar para demonstrar a necessidade da fundamentação enquanto meio de acautelar a prossecução dos referidos princípios.

A título de exemplo, podemos enunciar um caso frequente. Dispõe a alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP que pode optar-se pelo ajuste directo quando: *“na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”*. Como se compreenderá, estamos perante circunstâncias excepcionais, que derogam o Princípio Comunitário da Igualdade de Tratamento, e que permitem a atribuição directa a um interessado do direito de executar um contrato público, pelo que antes de decidir outorgar um contrato com base nesta norma, a entidade adjudicante deve fundamentar o preenchimento factual de cada dos seus requisitos cumulativos: i) objecto contratual limitado ao estritamente necessário; ii) urgência imperiosa na contratação; iii) motivada por acontecimentos imprevisíveis; iv) impossibilidade de cumprimento de prazos; v) circunstâncias inimputáveis à entidade adjudicante⁶⁷.

Entre nós, o Tribunal de Contas revela-se zeloso na censura do abuso do recurso a ajustes directos indevidamente fundamentados na urgência imperiosa, para subtrair a outorga de contratos ao contexto de mercado, o que *“conduz a uma injustificada omissão de concurso público o qual, sendo obrigatório, determina a nulidade da adjudicação e, conseqüentemente, do contrato por falta de elemento essencial”*⁶⁸.

⁶⁷ O Acórdão “Comissão/Grécia” do Tribunal de Justiça, de 2 de Junho de 2005, processo n.º C-394/02.

⁶⁸ Entre vários, Acórdão de Recurso n.º 4/2005 da 1.ª Secção em Plenário (processo n.º 912/2004)

2.5. Agrupamentos de entidades adjudicantes

No momento da decisão de contratar pode ser equacionada a constituição de agrupamentos de entidades adjudicantes, o que se justifica quando o contrato a outorgar seja do interesse de todas as entidades, ou todas possam beneficiar da possibilidade de contratação, por ajuste directo, ao abrigo de acordos-quadro [alínea e) do n.º 1 do artigo 26.º e 251.º a 259.º do CCP].

O procedimento deve ser obrigatoriamente conduzido por uma entidade que represente todos os membros do agrupamento.

Além destas situações o CCP permite a formação de agrupamentos de entidades adjudicantes para a adopção de um concurso de concepção nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitectura, da engenharia ou do processamento de dados (artigo 223.º do CCP).

A tramitação de procedimentos adjudicatórios por agrupamentos de entidades adjudicantes pressupõe *decisões conjuntas*, ainda que formadas com diferentes procedimentos, próprios de cada uma das entidades em causa.

Poderão coexistir actos de órgãos singulares e deliberações de órgãos colegiais que incidem sobre matérias comuns como a decisão de contratar, a decisão de escolha do procedimento, decisão de qualificação dos candidatos e a decisão de adjudicação, que resultam da convergência de procedimentos de formação de vontade de todos os membros do agrupamento.

O que efectivamente interessa é que durante a instrução do procedimento adjudicatório fiquem documentadas as diferentes decisões tomadas pelas entidades que integram o agrupamento.

Por fim, deve assinalar-se que a formação do agrupamento de entidades adjudicantes deve ser logo evidenciada no anúncio do procedimento, especificamente na identificação da entidade adjudicante (cfr, entre outros, o Anexo I da Portaria n.º 701-A/2008, de 29 de Julho).

3. Suporte (electrónico) da contratação

3.1. Enquadramento da contratação electrónica

O CCP proclama objectivos de gestão ambiciosos, como a desmaterialização dos procedimentos adjudicatórios, a redução de custos e o ganho de eficiência pela aposta nas tecnologias de informação e, por essa via, pretende garantir a transparência na actividade de contratação pública.

Anteriormente, já o Decreto-Lei n.º 104/2002, de 12 de Abril, revogado pelo CCP, previa a possibilidade de serem efectuadas por via electrónica as aquisições de bens reguladas pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, quando fossem promovidas por serviços e organismos integrados na administração estadual directa e indirecta⁶⁹.

A aplicação do Decreto-Lei n.º 104/2002, de 12 de Abril não foi conclusiva quanto ao juízo de oportunidade de generalizar a contratação pública electrónica. O diploma tinha objectivos limitados, apenas expressava a possibilidade de as entidades adjudicantes da administração directa e indirecta do Estado contratarem bens e serviços por via electrónica, não vinculava as entidades adjudicantes ao cumprimento de qualquer obrigação ou resultado mensurável.

Em complemento desta medida legislativa, o Governo reiterou o seu compromisso com a contratação electrónica através da inscrição no Plano de Acção para o Governo Electrónico⁷⁰ de um conjunto de iniciativas impulsionadoras de vários projectos piloto de compras públicas electrónicas que contribuíram para aumentar a confiança na contratação desmaterializada.

Em suma, o caminho da contratação pública electrónica foi sendo percorrido, de tal forma que no período de elaboração e discussão do CCP a matéria já estava suficientemente consolidada, inclusivamente por observação das práticas do mercado da construção civil⁷¹, para fundamentar uma alteração legislativa substancial.

Nesta senda, o CCP foi permeável às posições favoráveis à generalização do comércio electrónico, acabando por impor às entidades adjudicantes a obrigatoriedade de promover os procedimentos adjudicatórios em plataformas electrónicas, a partir de 31 de Outubro de 2009⁷².

Todavia, temos que sublinhar que esta opção não tem paralelo nas Directivas relativas aos contratos públicos, traduzindo-se o regime imposto pelo CCP numa originalidade do legislador nacional. Esta conclusão extrai-se do confronto entre os pontos 35 e 46, de idêntico teor, dos preâmbulos das Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, que apontavam para uma paridade na utilização de meios electrónicos e

⁶⁹ Além das iniciativas legislativas, também no exercício da função executiva o Governo assumiu a promoção do desenvolvimento da contratação electrónica, tendo, através da Resolução de Conselho de Ministros n.º 143/2000, de 8 de Setembro, estabelecido a generalização das práticas de comércio electrónico na Administração Pública e a regulamentação legislativa necessária como metas de boa governação a atingir.

⁷⁰ Resolução de Conselho de Ministros n.º 108/2003, de 12 de Agosto.

⁷¹ A solução informática E-constroi constituiu um mercado electrónico sobre a internet para o sector da construção, aberto a todos os profissionais e a todas as empresas relacionadas com esta actividade.

⁷² Esta data foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro.

outros meios de comunicação e intercâmbio de informações. Este entendimento é depois consagrado nos artigos 48.º e 42.º dos referidos diplomas comunitários que estipulam uma liberdade de escolha da entidade adjudicante quanto aos meios de comunicação disponíveis (carta, fax, telefone, meios electrónicos), ou para uma combinação dos mesmos.

É certo que neste, como noutros domínios, se regista uma postura vanguardista do Estado Português na adopção generosa de soluções electrónicas para suportar o relacionamento com os interessados nos procedimentos administrativos. Ainda assim, matérias tão sensíveis como a preservação da intangibilidade dos princípios da concorrência, da transparência e da igualdade merecem ponderação.

A prática e as incidências confirmarão a (in)suficiência da criação legislativa.

3.2. Legislação complementar do CCP em matéria de contratação electrónica

A ambição electrónica do CCP originou desde logo a necessidade de publicar legislação complementar que munisse os operadores e decisores com instrumentos executórios dos comandos normativos inseridos no CCP.

Com este objectivo, o Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho, veio regular matérias relevantes de suporte à aplicação do CCP como a encriptação e classificação de documentos, as assinaturas electrónicas, o envio de propostas, candidaturas e soluções, a determinação da data e hora de apresentação da proposta, candidatura ou solução, a confidencialidade, todas essenciais para garantir o cumprimento dos procedimentos adjudicatórios.

Num plano operativo, a Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho uniformizou um conjunto de conteúdos aplicáveis aos procedimentos adjudicatórios.

Neste diploma destaca-se a importância do Capítulo II que incide sobre a *“utilização das plataformas electrónicas no procedimento de formação de um contrato público”*.

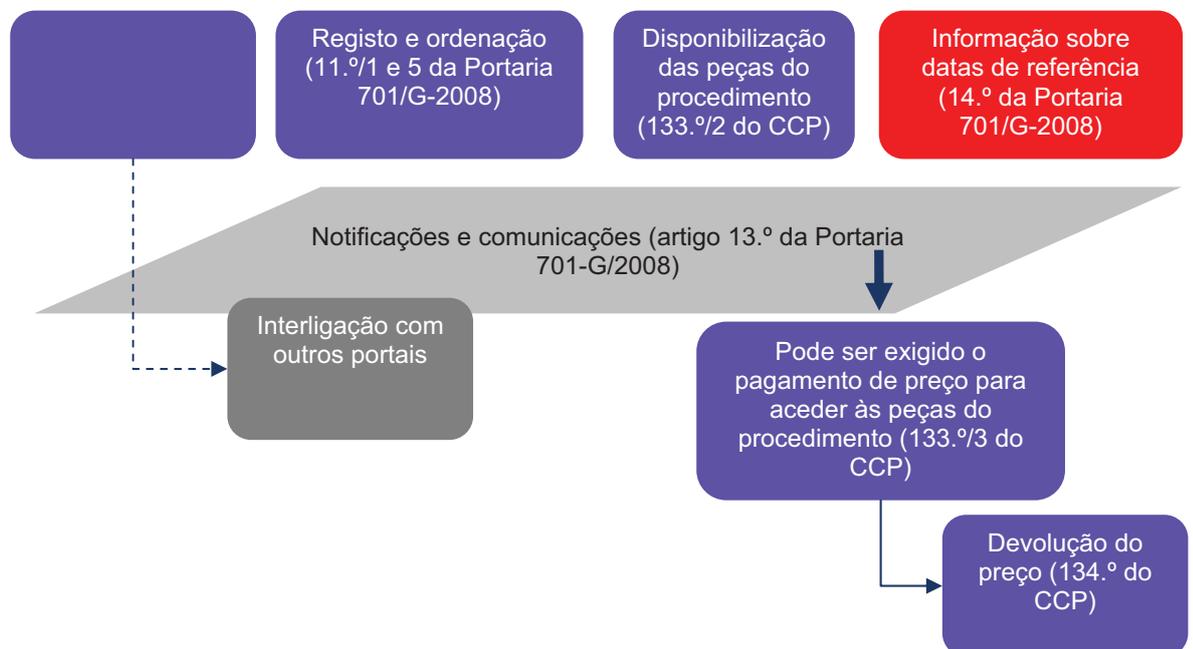
Nos artigos 12.º a 25.º os interessados poderão antecipar informação relativamente aos actos e fases dos procedimentos adjudicatórios, incluindo:

- a) O acesso aos documentos produzidos no âmbito do procedimento pela entidade adjudicante e pelos concorrentes;
- b) A recepção e emissão de notificações e comunicações, com identificação precisa da hora em que são realizados estes actos;
- c) O anúncio das datas de referência para recepção de propostas, pedidos de

esclarecimentos e lista de erros e omissões;

- d) As características técnicas e de organização dos ficheiros informáticos que contêm os documentos que constituem as propostas;
- e) As áreas específicas de carregamento das propostas e de formulários que devam ser preenchidos pelos concorrentes;
- f) As regras de codificação e modo de carregamento das propostas e identificação dos concorrentes;
- g) Encriptação de conteúdos e aposição de assinaturas electrónicas;
- h) Identificação do momento e efeitos de submissão das propostas, momento e condições de disponibilização das propostas ao júri do procedimento;
- i) Emissão de formulários electrónicos de cada procedimento⁷³ e troca de dados entre plataformas electrónicas.

Tomando por base o regime procedimental do concurso público, que é o regime base da maioria dos procedimentos, pode seguir-se, sequencialmente, as operações desenvolvidas na plataforma electrónica pelas entidades adjudicantes e pelos interessados em contratar.



⁷³ A Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho prevê que sejam gerados **blocos de dados** (denominados “fichas”) relativos ao envio dos convites, abertura de candidaturas, abertura de soluções, abertura de propostas e habilitação do adjudicatário. Estes blocos destinam-se a ser transmitidos ao portal dos contratos públicos e encontram-se definidos nos Anexos II a VI da Portaria em referência.

----->

Assim, o procedimento é tornado público com o anúncio do concurso publicado no Diário da República e Jornal Oficial da União Europeia, se o contrato a celebrar ultrapassar os limiares, podendo ser igualmente divulgado através da plataforma electrónica.

As plataformas devem assegurar a interligação com o portal do Diário da República, com o Jornal Oficial da União Europeia e quando estejam em causa contratos de empreitada de obras públicas e concessão de obras públicas, com o portal do Instituto da Construção e do Imobiliário [artigo 8.º, alínea b) da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho].

Devendo, também, as plataformas garantir o registo e ordenação sequencial de todos os interessados que se registem na plataforma, sendo o registo uma condição prévia para obter os documentos concursais (acto dependente do pagamento de um preço adequado⁷⁴) e assegurar a inscrição no procedimento, bem como dos concorrentes que apresentem propostas (artigo 11.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho).

O registo é, portanto, uma condição essencial para que os interessados tenham acesso às peças do procedimento, aos esclarecimentos e às rectificações da autoria da entidade adjudicante, às suas decisões de prorrogação do prazo, às listas de erros e omissões aceites pela entidade adjudicante e às comunicações e notificações na fase prévia de apresentação de propostas (artigo 12.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho).

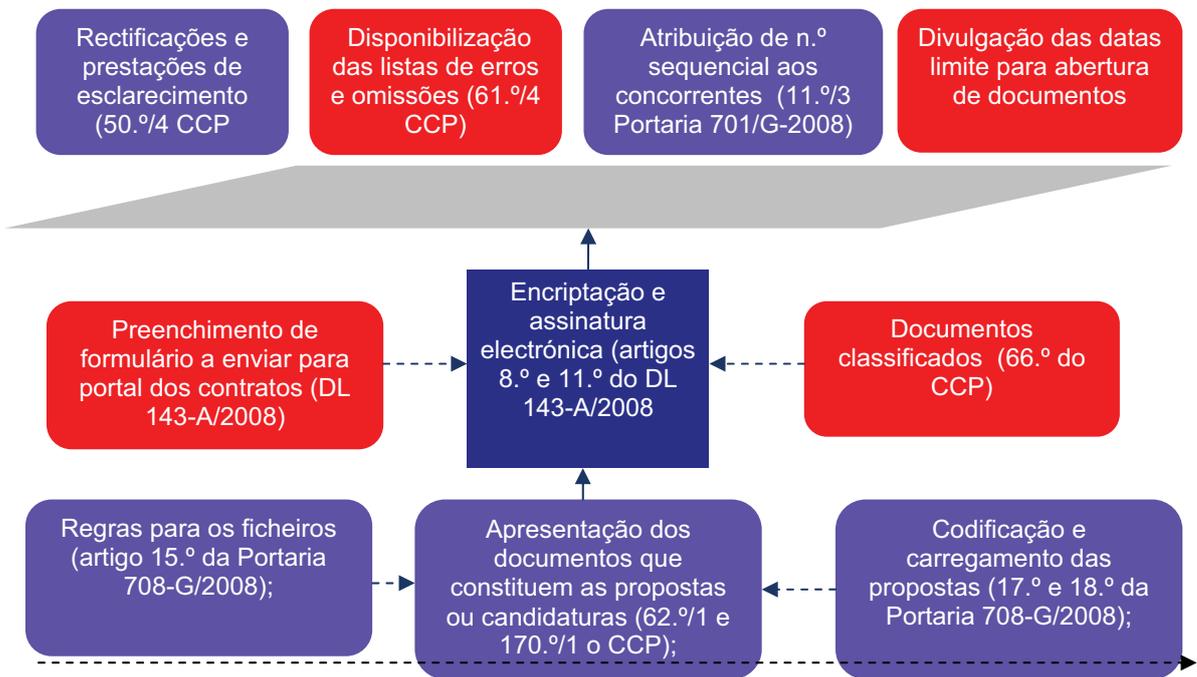
Em particular, as plataformas electrónicas suportam as notificações e comunicações que se estabeleçam entre a entidade adjudicante e os interessados e/ou concorrentes relativas ao procedimento adjudicatório, através do envio automático de mensagens electrónicas após a submissão de determinado conteúdo na plataforma

A certeza e segurança na tramitação do procedimento são asseguradas com a disponibilização das datas de referência relativas a aspectos fulcrais, tais como o termo do prazo para a apresentação dos pedidos de esclarecimentos e das propostas, bem como da data e hora de termo do prazo da lista de erros e omissões (artigo 14.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho).

⁷⁴ No Acórdão n.º 168/09, de 23 de Novembro (Processo 1352/09), o Tribunal de Contas declarou que:

- a) *“O preço da disponibilização das peças concursais deve corresponder apenas ao custo das cópias autenticadas dos correspondentes documentos;*
- b) *Esse custo inclui os custos das matérias-primas, de outros materiais directos consumidos, da mão-de-obra directa e de outros gastos gerais de fabrico gastos na produção dessas cópias (...).*

Acresce que, se o uso da tecnologia potencia a celeridade da comunicação, a redução dos custos com o suporte das declarações negociais e, em certa medida, a transparência do procedimento, porque se permite uma maior exposição de conteúdos durante mais tempo à análise dos interessados⁷⁵, o conjunto de procedimento e diligências associados à apresentação de propostas requer uma rigorosa preparação e planeamento, de forma a prevenir erros que são sancionados com a não admissão ou exclusão.



De facto, os interessados na apresentação de uma proposta deverão assegurar que os ficheiros que as contêm cumprem as exigências de forma e conteúdo identificadas pelas entidades adjudicantes no programa de procedimento, que podem incluir: a organização dos ficheiros; o número; a dimensão; o título; a apresentação da informação; o formato; as aplicações informáticas de suporte (artigo 15.º da Portaria n.º 708-G/2008, de 29 de Julho).

Deverá ter-se em conta que a submissão de uma proposta não pressupõe, apenas, a submissão dos documentos que a suportam, mas também o preenchimento

⁷⁵ O acesso às propostas, após a sua abertura, e demais actos concursais passa a estar acessível durante mais tempo e em condições mais favoráveis de consulta, nomeadamente em qualquer momento após a sua descriptação pelo júri e até 6 meses após a conclusão do procedimento adjudicatório (n.º 4 do artigo 20.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho).

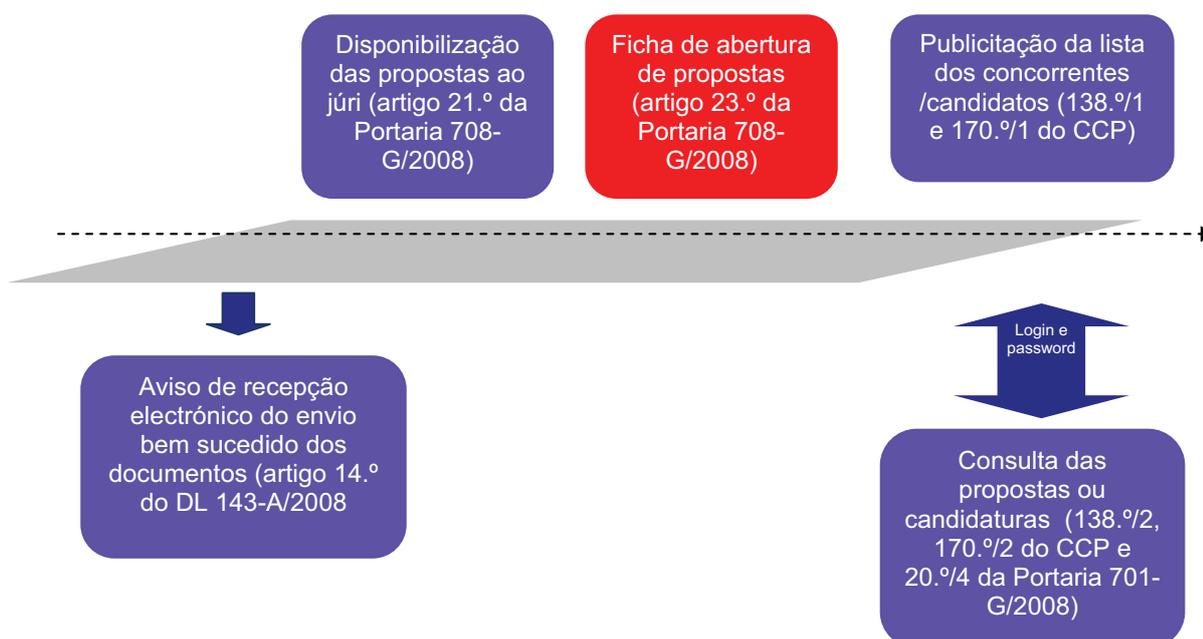
cumulativo de formulários que são, posteriormente, remetidos para o portal dos contratos públicos, sendo o incumprimento desta última formalidade cominado com a exclusão da proposta (n.º 1 do artigo 16.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho e respectivo anexo V, bem como o artigo 13.º, n.º 2 do Decreto Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho).

Depois, a identificação da própria proposta também deve ser efectuada através de um código, que relaciona eventuais características dos procedimentos, tais como a proposta base, a existência de lotes, ou mesma a existência de propostas variantes (artigo 17.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho e respectivo Anexo I).

O sub-procedimento de carregamento das propostas, ou melhor o envio progressivo dos ficheiros das propostas para a plataforma electrónica, implica, que até ao momento da efectiva submissão da proposta, que coincide com a entrega definitiva da versão final assinada, os concorrentes encriptem e assinem electronicamente os ficheiros (artigo 18.º, n.ºs 1, 3 a 5 e artigo 19.º, n.º 1 da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho).

Após a submissão de propostas desenvolvem-se um conjunto de procedimentos electrónicos relacionados com a abertura das mesmas e fixação da lista dos concorrentes/candidatos.

Completando-se estes procedimentos electrónicos, os concorrentes passam a poder consultar os documentos, à semelhança do que sucedia com o extinto acto público, mas, como referido, em condições inegavelmente mais vantajosas, quer quanto ao modo, quer quanto ao prazo.

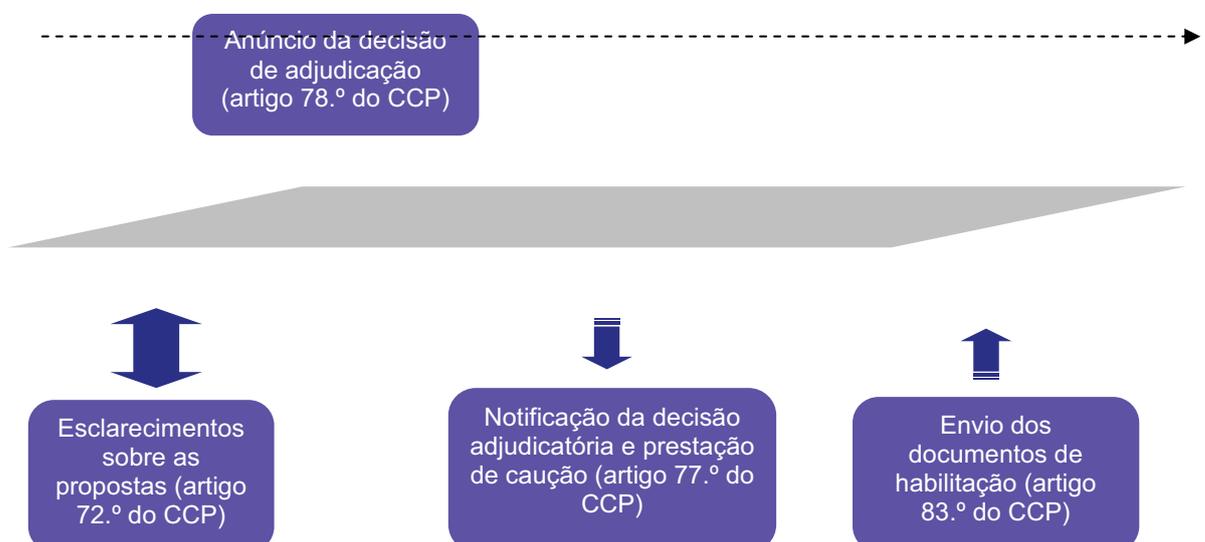


Para conferir segurança jurídica à participação no procedimento, a submissão das propostas é acompanhada da emissão de um recibo electrónico, que passa a constituir um anexo à proposta, com menção da entidade adjudicante, do concorrente, da proposta, bem como da data e hora da respectiva submissão (artigo 20.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho).

A supressão do acto público de abertura de propostas determinou que a certificação da sua abertura seja assegurada, após a recepção de uma ordem do júri nesse sentido, após a qual as propostas são descriptadas e disponibilizadas aos membros do júri, sendo em simultâneo criada uma ficha (prévia) de abertura que apenas é disponibilizada ao júri (artigo 21.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho). Deste modo garante-se a confidencialidade do conteúdo das propostas até ao termo do prazo para a sua apresentação.

A ficha prévia destina-se a ser confirmada ou alterada pelo júri, devendo, em todo o caso, ser transformada em ficha (definitiva) de abertura de propostas e divulgada no dia imediato ao termo do prazo fixado para a abertura de propostas, na plataforma de suporte à contratação (artigo 138.º, n.º 2 do CCP e Anexo V da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho), e a ser enviada a informação que contém, no prazo de dez dias úteis, para o portal dos contratos públicos (artigos 22.º e 23.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho).

Durante a fase de análise de propostas, o júri à semelhança do que sucedia no anterior regime, pode solicitar esclarecimentos sobre o conteúdo das propostas, em termos que adiante serão desenvolvidos, interessando para já realçar que o princípio da transparência é assegurado com a disponibilização do pedido e do conteúdo na plataforma electrónica, sendo o facto expressamente notificados aos outros concorrentes.



Concluída a análise de propostas, é divulgada, através da plataforma electrónica, a decisão de adjudicação, bem como a notificação especialmente dirigida ao adjudicatário para apresentar os documentos de habilitação e, eventualmente, prestar caução e confirmar compromissos de subcontratação (artigo 77.º do CCP).

Será também a plataforma electrónica que suportará o envio dos documentos de habilitação, sem prejuízo da possibilidade de os mesmos serem apresentados por correio electrónico, se tal for previsto no programa de procedimento, ou de a entidade adjudicante solicitar a apresentação dos respectivos originais (artigo 83.º do CCP). Embora nada seja referido especificamente, cremos que tal regime se possa aplicar à prestação da caução e dos documentos de confirmação de compromissos.

É este, em síntese, o regime da tramitação electrónica, não ficando, obviamente dispensado o aprofundamento dos temas nos capítulos subsequentes deste livro, nem a integração das normas comuns de adjudicação, dispostas no Título II do Capítulo II, com as normas específicas de cada procedimentos adjudicatório, dispostas no Título III, do Capítulo II do CCP.

Em jeito de balanço, pode dizer-se que o acréscimo de regulamentação para actos necessários aos procedimentos adjudicatórios (submissão de propostas, suporte dos documentos, preenchimento de formulários), associado à dependência que se irá gerar relativamente aos serviços prestados por terceiros (operadoras de telecomunicações e gestoras das plataformas electrónicas) para assegurar a concretização das soluções legais, poderá provocar um acentuado incremento de desconformidades procedimentais susceptíveis de fundamentar a invocação de **vícios de violação de lei** geradores da **invalidade consequente** do acto de adjudicação e/ou do contrato.

Aparentemente, o legislador entendeu moderar o efeito desta prognose, com a previsão moderadora no n.º 4 do artigo 283.º do CCP, a qual se inspira na *teoria das formalidades não essenciais*⁷⁶.

Em todo o caso, a melhor solução será regulamentar, nos programas de procedimento, algumas vicissitudes previsíveis com recurso a mecanismos de redundância, como a admissibilidade de apresentar documentos em suporte digital, por correio electrónico ou telefax, quando forem perceptíveis dificuldades na submissão das versões digitais, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 83.º do CCP.

⁷⁶ SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, página 284.

A jurisprudência que vem sendo produzida já desenvolve “válvulas de escape” para situações de difícil composição de interesses⁷⁷.

Para os mais cépticos, importa referir que a desmaterialização dos procedimentos não se traduz numa diminuição das garantias dos interessados.

Continua a aplicar-se, por via do artigo 283.º do CCP, a **teoria dos actos destacáveis** como fundamento da invalidade consequente dos contratos públicos.

Sempre que ocorram situações potencialmente lesivas dos direitos dos interessados, ou dos próprios concorrentes, com a prática de qualquer dos actos supra referidos, é admissível o recurso aos tribunais administrativos para obtenção de uma tutela efectiva⁷⁸. Aplica-se, *mutatis mutandis*, o regime processual referido para os procedimentos adjudicatórios em suporte de papel, isto é, pode o lesado intentar uma acção administrativa especial e cumular o pedido de anulação ou declaração de nulidade do contrato que venha a ser outorgado, podendo, inclusivamente, recorrer a uma providência cautelar que suspenda a eficácia do acto impugnado [cfr artigos 4.º, n.º 2, alínea e), artigo 46.º, n.º 3 e 47.º, n.º 2 alínea c) e 100.º do CPTA].

3.3. A prossecução do princípio da transparência através da contratação electrónica

O incremento da transparência na actividade de contratação pública é prosseguido através da obrigação das entidades adjudicantes prestarem informação relativa às fases de formação e execução dos contratos públicos.

O volume e diversidade de procedimentos e a diferente natureza jurídica das entidades adjudicantes motivaram o legislador a uniformizar os modos de reporte dessa informação. Consequentemente, através da Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de Julho, foram aprovados os modelos de **blocos de dados** (conjunto de informação relativa a contratos) que servirão para a disponibilização de informação no portal dos contratos públicos.

Esta Portaria tem um interesse específico para os interessados em contratar, pois determina os momentos a partir dos quais a informação contida nos blocos é

⁷⁷ Em Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 5 de Novembro de 2009 (processo 5506/09), identifica-se o instituto do *justo impedimento* como forma de o concorrente lesado pela impossibilidade de praticar determinado acto sujeito a um regime de caducidade, poder beneficiar, legitimamente, de uma prorrogação do prazo em questão.

⁷⁸ ALEXANDRA LEITÃO, *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da administração pública*, Almedina, 2002, página 267.

divulgada. Estão em causa momentos cruciais dos procedimentos, como sejam o anúncio do procedimento, a abertura das candidaturas ou das propostas, a habilitação do adjudicatário, os relatórios de formação e execução dos contratos.

Aliás, convém não esquecer que é a partir do conhecimento destes conteúdos que se fixam os prazos de impugnação contenciosa dos **actos destacáveis** neles inseridos.

Num plano instrumental, a Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de Julho, regula o funcionamento do portal dos contratos públicos.

Este sítio electrónico⁷⁹ serve para:

- a) suportar sistemas de informação dedicados aos contratos de empreitadas de obras públicas, aquisição de bens e serviços e uma área comum onde são obrigatoriamente disponibilizadas informações relativas à celebração e quaisquer contratos precedidos de ajuste directo;
- b) divulgar anúncios publicados no Diário da República;
- c) divulgar decisões definitivas de aplicação da sanção acessória de privação de participar em procedimentos adjudicatórios públicos e modificações objectivas de contratos que representem um valor acumulado superior a 15% do preço contratual.

Estabelece-se, portanto, uma relação articulada entre as Portarias 701-E/2008 e 701-F/2008, a primeira adstrita à produção e transmissão de informação, a segunda afecta à regulação da divulgação dessa mesma informação.

3.4. Conceitos nucleares da contratação electrónica

Subjacente à interpretação e aplicação do acervo legislativo da contratação electrónica, está a apreensão dos conceitos de **certificado digital**, **certificado de assinatura electrónica qualificada**, **criptação** e **validação cronológica**.

Reconhecendo os riscos de segurança inerentes à contratação electrónica, que se podem agrupar em *perda de confidencialidade*, *perda de integridade* e *indisponibilidade da solução*, o legislador comunitário⁸⁰ introduziu conceitos jurídicos, que concretizam respostas a tais riscos e que estão na base da legislação complementar ao CCP e deu origem, após a devida transposição, ao Decreto-lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto (alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril e

⁷⁹ www.base.gov.pt.

⁸⁰ Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento e do Conselho, de 13 de Dezembro.

Decreto-Lei n.º 165/2004, de 6 de Julho)⁸¹.

Este diploma, de aplicação discreta nos primeiros anos da sua vigência, revela-se extremamente actual, pois regula a validade, eficácia e valor probatório dos documentos electrónicos e assinatura electrónica e, por este âmbito, torna-se de conhecimento imprescindível para a interpretação e aplicação do CCP.

Efectivamente, na base da relação jurídica que se estabelece entre os interessados em contratar e as entidades adjudicantes encontra-se o **certificado digital**, porquanto a identificação dos utilizadores de plataformas electrónicas efectua-se mediante a utilização destes dispositivos (artigo 26.º da Portaria n.º 708-G/2008, de 29 de Julho).

Os certificados digitais, de acordo com a terminologia da Directiva n.º 1999/93/CE e do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, são “*documentos electrónicos que ligam os dados de verificação de assinatura ao seu titular e confirmam a identidade desse titular*”. Os interessados, ao invés de se identificarem mediante declarações subscritas pelos seus legais representantes, em suporte de papel, eventualmente acompanhadas de certidões do registo comercial para se verificar os poderes de representação, podem identificar-se perante a entidade adjudicante, durante o procedimento adjudicatório, tão somente, através de um **certificado digital**.

Após a certificação da identidade dos concorrentes, haverá que verificar que o conteúdo de determinado documento electrónico⁸² (por exemplo uma proposta) corresponde à vontade do concorrente.

Para o efeito, dispõe o artigo 27.º da Portaria 708-G/2008, de 29 de Julho, que todos os documentos carregados nas plataformas electrónicas deverão ser assinados electronicamente mediante a utilização de **certificados de assinatura electrónica qualificada**⁸³.

Este tipo de certificado equivale à assinatura autógrafa dos documentos em suporte de papel e cria as seguintes presunções legais:

⁸¹ O diploma é regulamentado pelo Decreto Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de Julho, que se revela de leitura imprescindível para compreender conceitos nucleares relativos à contratação electrónica.

⁸² Documento elaborado mediante processamento electrónico de dados [alínea a) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto].

⁸³ Este conceito é legalmente definido como assinatura digital ou outra modalidade de assinatura electrónica avançada que satisfaça exigências de segurança idênticas às da assinatura digital baseadas num certificado qualificado e criadas através de um dispositivo seguro de criação de assinatura. A “descodificação” desta linguagem pode ser assegurada através da leitura do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto.

- a) foi inserido com intenção de assinar o documento e assumir o seu conteúdo;
- b) o utilizador do certificado é o titular da assinatura, ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa colectiva titular da assinatura electrónica qualificada, a sua aposição depende apenas da vontade do titular que controla em exclusividade a sua utilização;
- c) o documento electrónico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura electrónica qualificada (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto).

Em reforço da idoneidade deste certificado concorrem o conteúdo do próprio certificado, bem como os deveres impostos às entidades certificadoras emitentes, conforme se prevê em termos vinculativos nos artigos 29.º e 24.º do Decreto-lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto.

3.5. A prova material e a contratação electrónica

A eficácia probatória do uso deste tipo de dispositivos – certificado digital, certificado de assinatura electrónica qualificado, selo temporal - é legalmente garantida.

Refere o n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, que a *“aposição de uma assinatura electrónica qualificada certificada por uma entidade certificadora credenciada confere ao documento electrónico a força probatória de documento particular assinado”*, o que, recorrendo ao artigo 376.º do Código Civil, equivale a dizer que o documento electrónico assim expedido através da plataforma de contratação faz prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor.

Esta eficácia decorrente de uma presunção legal, logo dispensa a entidade adjudicante de provar a assinatura do documento por parte do titular da assinatura e a aceitação do seu conteúdo (artigo 350.º do Código Civil).

Admite-se, apesar de tudo, a arguição e prova da falsidade do documento, com o ónus probatório imputado ao concorrente (artigos 342.º e 344.º do Código Civil).

A invocação da eventual falsidade de declaração submetida através de plataformas electrónicas conduzirá, necessariamente, a uma falta ou vício da vontade (artigos 240.º e ss. do Código Civil), que consoante o contexto e apreciação da conduta do concorrente pode gerar a anulabilidade dessa declaração negocial, exonerando-o, perante a entidade adjudicante, da responsabilidade emergente da mesma.

3.6. Segurança das comunicações

A protecção do conteúdo dos documentos submetidos através das *plataformas electrónicas*, contra ameaças à sua integridade, é assegurada mediante a utilização da *criptografia assimétrica*⁸⁴, baseada na utilização de troca de chaves (artigo 29.º, n.º 1, da Portaria n.º 708-G/2008, de 29 de Julho).

Por outras palavras, a lei descreve que através de um algoritmo, ou série de algoritmos, se gera um par de chaves assimétricas exclusivas e interdependentes, sendo uma privada e outra pública.

O titular da assinatura – o concorrente/candidato - usa a chave privada⁸⁵ para declarar a autoria do documento electrónico ao qual a assinatura é aposta e para manifestar concordância quanto ao seu conteúdo.

O destinatário - entidade adjudicante – usa a chave pública⁸⁶ para verificar se a assinatura foi criada mediante o uso da correspondente chave privada e se o documento electrónico foi alterado depois de aposta a assinatura [artigo 2.º, alíneas d) a f) do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto].

3.7. O momento da prática dos actos

A certeza sobre o momento em que os actos são praticados é de extrema importância em procedimentos que têm prazos vinculativos.

Já assim era nos procedimentos geridos analogicamente, sendo vários os episódios (alguns dramáticos) de entregas atribuladas de propostas no limite do prazo.

Da necessidade de enquadrar temporalmente os actos praticados através de meios electrónicos surgiu mais um conceito nuclear – “a validação cronológica” – entendida como a *declaração emitida por uma entidade certificadora que atesta a data e hora da criação, expedição ou recepção de um documento electrónico* [alínea u) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto].

De acordo com a solução definida pela legislação complementar ao CCP, a

⁸⁴ A *criptografia*, grosso modo, consiste no processo de enviar mensagens com chave secreta, assegura a protecção da informação usando uma função matemática ou algoritmo para cifrar e decifrar mensagens; permite tornar a informação indecifrável, logo menos vulnerável às ameaças sobre a sua segurança (SEBASTIÃO NÓBREGA PIZARRO, *Comércio Electrónico*, Almedina, 2005, página 54).

⁸⁵ Elemento do par de chaves assimétricas destinado a ser conhecido apenas pelo seu titular e que lhe permite inserir a assinatura digital no documento electrónico e decifrar um documento electrónico previamente cifrado com uma chave pública.

⁸⁶ Elemento do par de chaves assimétricas destinado a ser divulgado, com o qual se verifica a assinatura digital aposta no documento electrónico pelo titular do par de chaves assimétricas, ou se cifra um documento electrónico a transmitir ao titular do mesmo par de chaves.

validação cronológica concretiza-se através da aposição de **selos temporais**, emitidos por entidade certificadora, que é obrigatória nas comunicações mais relevantes a estabelecer entre a entidade adjudicante e os interessados e/ou concorrentes.

Com efeito, o CCP refere que as notificações e comunicações são feitas através de envio de mensagens electrónicas com recibo de recepção e selos temporais, devendo todos os documentos carregados nas plataformas electrónicas ser sujeitos à aposição de selos temporais emitidos por uma entidade certificadora (artigos 13.º/1 e 28.º/1 da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho).

3.8. Presunções legais relativas às comunicações electrónicas

Na contínua relação entre as dimensões digital e analógica, o legislador também cuidou da equiparação dos regimes de expedição das declarações negociais.

O artigo 6.º, números 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, determina que o documento electrónico, comunicado por um meio de telecomunicações, considera-se enviado, e recebido pelo destinatário, se for transmitido para o endereço electrónico definido por acordo das partes e neste for efectivamente recebido, sendo oponível ao destinatário e a terceiros a data e a hora da criação, expedição e recepção de um documento electrónico que contenha uma validação cronológica.

Neste sentido, o artigo 28.º da Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho determina que todos os documentos carregados nas plataformas electrónicas são sujeitos à aposição de selos temporais e que todos os actos que, nos termos do CCP, devam ser praticados dentro de um determinado prazo são sujeitos à aposição de selos temporais, devendo as plataformas electrónicas guardar e associar ao procedimento todos os selos temporais originados pelos documentos ou transacções.

Estas normas não podem ser lidas isoladamente, devendo conjugar-se com o artigo 469.º do CCP, que dispõe que as notificações e as comunicações consideram-se feitas na data da respectiva expedição, quando efectuadas através de correio electrónico ou de outro meio de transmissão escrita e electrónica de dados; mas, se as notificações e as comunicações tiverem como destinatário a entidade adjudicante ou o contraente público e forem efectuadas após as 17 horas do local de recepção ou em dia não útil nesse mesmo local, presumem-se feitas às 10 horas do dia útil seguinte⁸⁷.

O regime probatório das declarações electrónicas é reforçado, por equiparação

⁸⁷ Curiosamente, esta última regra não é bilateral; portanto, entendeu o legislador que só aproveita às entidades adjudicantes, o que se poderá revelar contrário ao Princípio da Proporcionalidade.

ao regime das comunicações postais, nos seguintes termos: “a comunicação do documento electrónico, ao qual seja aposta assinatura electrónica qualificada, por meio de telecomunicações que assegure a efectiva recepção equivale à remessa por via postal registada e, se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário que revista idêntica forma, equivale à remessa por via postal registada com aviso de recepção” (n.º 3 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto).

A confirmação da recepção dos documentos electrónicos pela entidade adjudicante é crucial para prova da realização da comunicação, porquanto se presume que os dados e documentos comunicados por meio de telecomunicações permanecem em poder do remetente até à recepção pelo destinatário (artigo 6.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto).

3.9. Responsabilidades dos intervenientes

A tramitação dos procedimentos em plataformas electrónicas gera, necessariamente, um acréscimo de responsabilidades (e encargos) para as entidades adjudicantes.

O artigo 4.º da Portaria 708-G/2008, de 29 de Julho, abre a possibilidade de as entidades adjudicantes adquirirem serviços de uma plataforma electrónica, ou desenvolverem uma plataforma de acordo com os limites definidos pelo Decreto-lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro.

Ou seja, permite-se a opção entre a gestão directa das plataformas ou a contratação de tais serviços.

O conjunto de serviços em causa é abrangente, inclui a prevenção de vírus informáticos, a produção de informações sobre a participação no procedimento, a disponibilização de relatórios de anomalias, registo de acessos, submissões de propostas ou outra informação relevante, a resolução de problemas que se coloquem durante os procedimentos, a prestação de auxílio aos operadores e o esclarecimento genérico de dúvidas de utilização das plataformas (artigo 9.º da Portaria 701.º-G/2008, de 29 de Julho).

No plano oposto, com o advento do regime electrónico do CCP e respectiva legislação complementar, as *regras do jogo* também mudaram para os concorrentes. Doravante, para participarem nos mercados públicos os interessados em contratar deverão adoptar procedimentos internos que lhes permitam:

- a) Identificar-se perante as plataformas electrónicas utilizando **certificados**

digitais;

- b) Assinar os documentos através de certificados de assinatura electrónica qualificada;
- c) Selar electronicamente os documentos enviados por plataforma electrónica, com a aposição de **selos temporais** emitidos por uma entidade certificadora que preste serviços de **validação cronológica**;
- d) Encriptar os documentos através de **criptografia assimétrica**, com base em certificado emitido pelas plataformas electrónicas.

A preparação dos interessados em contratar deve ser atempada e rigorosa, pois o legislador deixou de contemplar mecanismos de sanção de propostas mal instruídas, ou submetidas com deficiências, o que acontecia no anterior regime quando se concediam prazos adicionais para corrigir deficiências e obter uma admissão definitiva.

Assim, com o CCP os interessados em contratar dispõem de uma única oportunidade de submeterem a proposta e apenas poderão fazê-lo através de plataformas electrónicas, o que afasta a possibilidade de qualquer outra forma de manifestação da vontade de contratar.

4. Peças do procedimento

4.1. Natureza das peças de procedimento

As peças do procedimento constituem documentos através dos quais se divulgam as regras de formação da decisão de adjudicação (convite à apresentação de propostas, programa de procedimento) e antecipam os termos e condições do contrato a outorgar (caderno de encargos). Sobre a natureza destes documentos não restam dúvidas de que se tratam de regulamentos externos⁸⁸ vinculativos para a entidade adjudicante e para todos os interessados no procedimento adjudicatório, ideia reiterada nos artigos 41.º e 42.º do CCP.

Afigura-se, face ao teor destas normas legais, incontestáveis os motivos que tornam vinculativas as peças de procedimento para os intervenientes nos mercados públicos: para as entidades adjudicantes porque geram a invalidade dos actos que violem o seu conteúdo; para os concorrentes porque determinam a exclusão da sua candidatura ou proposta⁸⁹.

⁸⁸ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, Almedina, 2001, página 163.

⁸⁹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa – Das fontes às garantias*, Almedina, 1998, página 135.

Num outro plano de análise, a auto-vinculação das entidades adjudicantes ao cumprimento das peças de procedimento decorre do Princípio da Boa Fé (tutela da confiança) alicerçada na obrigatoriedade de manter a estabilidade das peças do concurso, e das regras de formação da vontade contratual, durante a tramitação do procedimento adjudicatório⁹⁰.

Ainda assim, deve salientar-se que estes *regulamentos*, por natureza, se subordinam às disposições legais imperativas, o que constitui uma óbvia consequência do princípio da prevalência de lei, mas que não deixou de ser inscrita pelo legislador no artigo 51.º do CCP.

Desta forma, o legislador desfez quaisquer dúvidas sobre a parametricidade das normas do CCP e instituiu um regime homogéneo de contratação para todas as entidades adjudicantes.

Esta opção não impede que o programa de concurso contenha regras específicas sobre o procedimento consideradas convenientes pela entidade adjudicante, desde que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência (n.º 4 do artigo 132.º do CCP).

A possibilidade que esta norma legal confere constitui uma manifestação do poder regulamentar, designadamente da criação de regulamentos complementares ou de execução, destinados a favorecer a aplicação da lei.

Consequentemente, zonas de indefinição legislativa que surgem naturalmente com a criação de um novo regime, como é a tramitação electrónica dos procedimentos adjudicatórios, podem ser preenchidas através de disposições regulamentares.

A criação infra-legal associada a este poder das entidades adjudicantes é, obviamente, condicionada pelos princípios gerais de direito, pela Constituição, pelo próprio CCP e legislação complementar.

4.2. Identificação das peças de procedimento

Com este alcance e enquadramento as peças de procedimento são aprovadas pelo órgão competente para a decisão de contratar (n.º 2 do artigo 40.º do CCP) e assumem diferentes tipologias consoante os procedimentos adjudicatórios, em termos que se sintetizam no quadro seguinte:

⁹⁰ MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O concurso público nos contratos administrativos*, páginas 81 e 82.

Procedimento adjudicatório	Peças do procedimento
Ajuste directo	Convite à apresentação de propostas e caderno de encargos
Concurso público	Programa de procedimento e caderno de encargos
Concurso limitado por prévia qualificação e Procedimento por negociação	Programa de procedimento, convite à apresentação de propostas e caderno de encargos
Diálogo concorrencial	Programa de procedimento, convite à apresentação de soluções, convite à apresentação de propostas, memória descritiva e caderno de encargos

Quadro 1 – Tipos de peças por procedimento

O legislador aproveitou a iniciativa legislativa para clarificar a função do anúncio do procedimento. Interpreta-se, a partir do texto legal, que não é uma peça do procedimento, tem contornos instrumentais e subordinados, o seu conteúdo, que é um resumo dos principais conteúdos das peças do procedimento, cede perante as normas do programa, ou do convite à apresentação de propostas, sempre que surja alguma desconformidade com estes documentos (n.º 6 do artigo 132.º e n.º 6 do artigo 189.º do CCP).

4.3. Programa de procedimento e convite

No tratamento normativo das peças do procedimento o legislador destaca a fase de formação do contrato e as regras de execução contratual.

As regras da formação do contrato são divulgadas através do convite, presente nos procedimentos de ajuste directo, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento por negociação e diálogo concorrencial) ou do programa de procedimento, que integra as peças concursais de todos os procedimentos, com excepção do ajuste directo.

Ambas as peças têm conteúdos legalmente vinculados que devem ser obrigatoriamente observados. Assim, o convite deverá cumprir os requisitos enunciados nos artigos 115.º, 189.º, 199.º e 209.º e o programa de procedimento deverá dar cumprimento ao disposto nos artigos 132.º, 164.º, 196.º e 206.º do CCP, consoante os procedimentos em causa.

O incumprimento destes requisitos origina a ilegalidade do regulamento adjudicatório e poderá ser impugnado contenciosamente no prazo de um mês a contar da notificação dos interessados ou, não havendo lugar a notificação, da data do conhecimento do acto (artigo 101.º do Código de Processo dos Tribunais

Administrativos).

Em nosso entendimento, tal disposição não obsta a que a impugnação do acto de adjudicação seja fundamentada na ilegalidade das normas concursais, que são conhecidas dos interessados no início do procedimento, desde logo porque é esse o espírito que se extrai da Directiva 89/665/CEE, que visa ampliar as garantias dos interessados em contratar, e porque também é a interpretação mais conforme à Constituição da República Portuguesa, nomeadamente o n.º 4 do artigo 268.º que confere aos administrados uma tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

No Decreto Lei n.º 197/99, de 8 de Junho tinha consagração expressa o princípio da intangibilidade das peças concursais, que impedia a modificação das mesmas após a sua divulgação. Sem deixar de respeitar este princípio o CCP no artigo 50.º permite à entidade adjudicante que sejam rectificadas erros e omissões das peças concursais até ao segundo terço do prazo para a apresentação de propostas, desde que tais alterações sejam divulgadas na plataforma electrónica de suporte à contratação e sejam notificados directamente aos interessados que adquiriram as peças concursais.

A introdução destas alterações pode implicar uma prorrogação do prazo de apresentação de propostas que esteja a decorrer se as rectificações forem divulgadas e notificadas após o prazo limite previsto para esse efeito, ou se forem alterados aspectos fundamentais das peças do procedimento (artigo 64.º do CCP).

Na primeira situação a prorrogação será pelo período excedido relativamente à data limite, enquanto que na segunda situação a prorrogação será pelo período decorrido até ao momento da divulgação e notificação das alterações.

4.3. Caderno de encargos

O caderno de encargos tem uma importância reforçada. O CCP reserva-lhe a missão de antecipar as cláusulas do contrato a outorgar, ou identificar os parâmetros que limitam os aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência.

Consequentemente, no caderno de encargos estarão previamente reguladas as matérias nucleares do contrato, tais como o objecto, os direitos e obrigações das partes, o preço, a sua revisão, o prazo de execução, as garantias de cumprimento, o regime sancionatório e de incumprimento, além de eventuais obrigações acessórias.

Num propósito de inovação conceptual, o CCP, para se referir a estes conteúdos, adopta a terminologia “*aspectos da execução do contrato*”, os quais podem ser:

- a) submetidos na totalidade à concorrência – a entidade adjudicante

predispõe-se a avaliar qualquer solução que a concorrência apresente;

- b) submetidos parcialmente à concorrência - por imposição de *parâmetros base* (referem-se a quaisquer aspectos da execução do contrato) que as propostas devem cumprir, os quais podem ser definidos pela entidade adjudicante em termos fixos (“preço base”), ou variáveis entre limites mínimos e máximos (“prazo de entrega entre 3 a 5 semanas”), o que decorre do n.º 3 do artigo 42.º do CCP.

Na resposta ao conteúdo do caderno encargos, as propostas devem respeitar os parâmetros nele definidos, sob pena de serem excluídas [n.ºs 3 e 4 do artigo 42.º e alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP]. Por exemplo, o preço base é um parâmetro máximo que vai condicionar o preço de todas as propostas, assim como o prazo de execução pode ser fixado como parâmetro mínimo, de forma a garantir que nenhum contrato é executado em prazo inferior ao pretendido, conferindo à entidade adjudicante o controlo sobre o momento em que se transfere para a sua esfera jurídica o *risco do cumprimento* da prestação adjudicada.

4.4. Peças do procedimento no contrato de empreitada de obras públicas

A importância do contrato de empreitada de obras públicas no universo da actividade contratual das entidades adjudicantes justifica especiais cautelas na fixação de conteúdos para os elementos que integram a “*solução da obra*”.

O artigo 43.º, n.º 1, identifica expressamente tais elementos como sendo o *programa* e o *projecto de execução*.

O modelo vigente ao abrigo do Decreto Lei n.º 59/99, de 2 de Março, previa a existência de um *projecto*, que incluía as peças “*suficientes para definir a obra, incluindo a sua localização, a natureza e o volume dos trabalhos, o valor para efeito do concurso, a caracterização do terreno, o traçado geral e os pormenores construtivos*” (artigos 62.º e 63.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março). Previa-se a distinção entre *peças escritas* (memória ou nota descritiva, cálculos justificativos, folhas de medição, programa de trabalhos) e *peças desenhadas* (planta de localização, plantas, alçados, cortes e pormenores indispensáveis para uma exacta e pormenorizada definição da obra e ainda, se necessário, os estudos geológico ou geotécnico, ou, se omitidos estes estudos, a definição das características geológicas do terreno). O *projecto* composto por estes elementos tinha autonomia relativamente ao caderno de encargos.

Esta configuração é alterada pelo artigo 43.º do CCP, porquanto, doravante, o

caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas integra, como identificámos, o **programa** e o **projecto de execução**.

O conceito de **programa** foi definido no Anexo I à Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Julho, operando-se por correspondência ao conceito de **programa preliminar**: “documento fornecido pelo dono de obra ao projectista para definição dos objectivos, características orgânicas e funcionais e condicionamentos financeiros da obra, bem como dos respectivos custos e prazos de execução a observar” [alínea n) do artigo 1.º do Anexo I – Instruções para a elaboração de projectos de obras – aprovado pela Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Julho].

Destaca-se o conteúdo mínimo do programa preliminar das *Instruções*, definido no artigo 2.º, que prevê, entre outros, o fornecimento dos seguintes elementos:

- a) elementos topográficos, cartográficos e geotécnicos, levantamento das construções existentes e das redes de infra-estruturas locais, coberto vegetal, características ambientais e outros eventualmente disponíveis, a escalas convenientes;
- b) dados básicos relativos às exigências de comportamento, funcionamento, exploração e conservação da obra, tendo em atenção as disposições regulamentares;
- c) estimativa de custo e respectivo limite dos desvios e, eventualmente, indicações relativas ao financiamento do empreendimento;
- d) indicação geral dos prazos para a elaboração do projecto e para a execução da obra.

O **projecto de execução** é o elemento de solução de obra que corresponde ao “documento elaborado pelo projectista, a partir do estudo prévio ou do anteprojecto aprovado pelo dono de obra, destinado a facultar todos os elementos necessários à definição rigorosa dos trabalhos a executar”. No faseamento do projecto, o projecto de execução corresponde à última das fases, podendo ser antecedido pelo anteprojecto, estudo prévio e programa base, não sendo esta precedência absolutamente vinculativa, porquanto algumas dessas fases podem ser dispensadas de apresentação formal [alínea t) do artigo 1.º e artigo 3.º das **Instruções**].

As peças do projecto de execução, agora definidas no artigo 7.º das *Instruções* correspondem, sem grande variação, ao elenco de peças escritas e desenhadas do artigo 63.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, aditando-se ao documento as condições técnicas, gerais e especiais do caderno de encargos.

Em acréscimo ao conteúdo destas normas, as entidades adjudicantes devem

considerar, especialmente, a inclusão no **projecto de execução** dos elementos referidos nas alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 43.º do CCP, isto é a descrição dos trabalhos preparatórios ou acessórios à execução da obra (o elenco do artigo 350.º do CCP) e uma lista completa de todas as espécies de trabalhos necessários à execução da obra a realizar e do respectivo mapa de quantidades, bem como do planeamento das operações de consignação da obra.

Da interpretação do conteúdo destes elementos da **solução da obra** é possível concluir que o legislador, em sintonia com a ambiciosa missão definida para o *preço base*, pretende reduzir a níveis mínimos o risco associado à autorização de despesa dos contratos de empreitadas de obras públicas.

Efectivamente, se conjugarmos os cuidados especiais que envolvem a preparação dos elementos que integram a **solução de obra** com o regime dos **erros e omissões**, na fase de apresentação de propostas, com a margem de risco que transporta para a esfera do adjudicatário, com o regime das modificações objectivas do contrato de empreitada de obras públicas (trabalhos a mais, erros e omissões e trabalhos a menos, compreendido nos artigos 370.º a 379.º do CCP), verificamos que as entidades adjudicantes estão vinculadas a prosseguir um *fim mediato*, que é a contenção de custos na execução dos contratos de empreitadas de obras públicas, tema que já tinha inspirado parte das alterações legislativas do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março⁹¹.

Este propósito é explícito no n.º 2 do artigo 43.º do CCP porque se determina que para obras de complexidade relevante, ou quando sejam utilizados métodos, técnicas ou materiais de construção inovadores, o **projecto** deve ser objecto de revisão prévia por uma entidade qualificada para a elaboração desse projecto e distinta do seu autor.

Outra medida legislativa dirigida à prevenção de contingências na fase de execução da obra consiste na instrução do **projecto de execução** com levantamentos, análises, estudos resultados de ensaios e planos previstos no n.º 5 do artigo 43.º do CCP. Embora não se especifique as circunstâncias em que estes elementos são vinculativos para cada caderno de encargos, subentende-se uma remissão para as normas legais aplicáveis que estipulam o modo de cumprimento de tais vinculações⁹².

⁹¹ No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, o legislador assume que visou a racionalização, por via de limitações acrescidas por comparação com o que resultava do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, do regime dos trabalhos a mais, que passam a depender de pressupostos mais apertados e deixam de incluir os trabalhos necessários ao suprimento de erros e omissões.

⁹² Sem preocupações de exaustividade, as quais seriam incompatíveis com a natureza deste texto, podem identificar-se as seguintes fontes normativas: Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio (regime

A gestão do risco contratual e a regulação uniforme de situações controvertidas recomendariam que os formulários de cadernos de encargos previstos no artigo 46.º do CCP tivessem natureza vinculativa para as entidades adjudicantes, podendo tal regime ser modificado em circunstâncias excepcionais, devidamente certificadas pelos órgãos que as aprovam.

Curiosamente, esta opção não foi seguida pelo legislador, pois a Portaria n.º 959/2009, de 21 de Agosto, que aprova os formulários de caderno de encargos relativo aos contratos de empreitada de obras públicas, no seu artigo 1.º, n.º 1, prevê que o formulário aprovado não é de utilização obrigatória.

4.5. Efeitos dos vícios nas peças de procedimento

O rigor no cumprimento destes deveres por parte das entidades adjudicantes é essencial, na medida em que a lei evoluiu para uma solução extrema, pois fixou-se a nulidade do caderno de encargos (n.º 8 do artigo 43.º do CCP) quando se verificarem as seguintes situações:

- a) omissão de apresentação do *programa preliminar* e *projecto de execução*,

jurídico de impacto ambiental de projectos públicos e privados com efeitos significativos no ambiente), Portaria n.º 330/2001, de 2 de Abril (normas técnicas para os documentos envolvidos na avaliação do impacto ambiental); as IEPO; o Regulamento dos Sistemas Energéticos de Climatização em Edifícios (Decreto-Lei n.º 79/2006, de 4 de Abril); o Regulamento das Características de Comportamento Térmico dos Edifícios (Decreto-Lei n.º 80/2006, de 4 de Abril); o Regulamento Geral do Ruído (Decreto-Lei n.º 9/2007, de 17 de Janeiro); o Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental (Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio); o Regime Jurídico da Prevenção e Controlo Integrados da Poluição (Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto); o Regulamento dos Requisitos Acústicos dos Edifícios (Decreto-Lei n.º 129/2002, de 11 de Maio); o regime jurídico da Protecção dos Trabalhadores Contra os Riscos Devidos à Exposição ao Ruído (Decreto-Lei n.º 182/2006, de 6 de Setembro); o Regime Jurídico da Segurança Contra Incêndios em Edifícios (Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de Novembro); o Regulamento Técnico de Segurança contra Incêndio em Edifícios (Portaria n.º 1532/2008, de 29 de Dezembro); o Regime de Credenciação de Entidades para a Emissão de Pareceres, Realização de Vistorias e de Inspeções das Condições de Segurança Contra Incêndios em Edifícios (Portaria n.º 64/2009, de 22 de Janeiro); o Regulamento de Licenças para Instalações Eléctricas (Decreto-Lei n.º 26852, de 30 de Setembro de 1936); a Norma a Observar na Elaboração dos Projectos das Instalações Eléctricas de Serviço Particular (Decreto-Lei n.º 517/80, de 31 de Outubro); o Regime Jurídico de Instalação das Infra-Estruturas de Telecomunicações em Edifícios e Regime da Actividade de Certificação das Instalações e Avaliação de Conformidade de Equipamento (Decreto-Lei n.º 59/2000, de 19 de Abril); o Regulamento de Segurança e Acções para Estruturas de Edifícios e Pontes (Decreto-Lei n.º 235/83, de 31 de Maio); o Regulamento de Segurança das Construções contra os Sismos (Decreto n.º 41 658 de 31 de Maio de 1958); o Regulamento de Estruturas de Betão Armado e Pré-Esforçado (Decreto-Lei n.º 349-C/83, de 30 de Julho); o Regulamento de Estruturas de Aço para Edifícios (Decreto-Lei n.º 211/86, de 31 de Julho); o Regulamento de Segurança de Barragens (Decreto-Lei n.º 344/2077, de 15 de Outubro); o Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais (Lei n.º 2110, de 19 de Agosto de 1961).

- ou apenas do programa preliminar quando a concepção do projecto seja submetida a concorrência pelo caderno de encargos;
- b) incumprimento dos deveres de apresentar, nos termos devidos, o programa preliminar e projecto de execução, revisão do projecto de execução por entidade qualificada, descrição dos trabalhos acessórios ou preparatórios da obra, ou lista completa de todas as espécies de trabalhos necessárias à execução da obra e do respectivo mapa de quantidades;
 - c) omissão de apresentação, quando forem exigíveis, de algum dos elementos previstos no n.º 5 do artigo 43.º (levantamentos e das análises de base e de campo; estudos geológicos e geotécnicos; estudos ambientais, incluindo a declaração de impacto ambiental, nos termos da legislação aplicável; estudos de impacto social, económico ou cultural, nestes se incluindo a identificação das medidas de natureza expropriatória a realizar, dos bens e direitos a adquirir e dos ónus e servidões a impor; resultados dos ensaios laboratoriais ou outros; plano de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição, nos termos da legislação aplicável);
 - d) elaboração dos elementos da solução de obra em incumprimento dos termos previstos na Portaria que defina o conteúdo obrigatório de tais elementos.

Ora, esta norma deve ser interpretada conjugadamente com o n.º 1 do artigo 283.º do CCP que comina a nulidade para os contratos “*se a nulidade do acto procedimental em que tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou ainda possa sê-lo*”⁹³.

Estabelecendo a lei a nulidade do caderno de encargos estaremos perante um **vício consequente** que contamina o próprio contrato. A contaminação não é automática, mas pressupõe uma declaração judicial, ou seja, como decorre literalmente do artigo 307.º do CPA, uma eventual declaração invocando a nulidade do

⁹³ Sobre este tema produzimos uma breve nota para salientar a infelicidade da previsão normativa. Partindo da solução anterior que se baseava no conceito de **acto administrativo** (artigo 185.º do CPA) o legislador quedou-se no conceito de *acto procedimental* visando, aparentemente, todo o conteúdo normativo que possa ser produzido durante o procedimento adjudicatório, incluindo os próprios regulamentos que constituem o programa de procedimento e caderno de encargos. Perante a indefinição do conceito face à realidade que devia regular, resta-nos acompanhar as interpretações que identificam benevolmente o conceito de acto procedimental de forma a abranger os próprios **regulamentos concursais** (JOÃO PACHECO DE AMORIM, “A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, página 642). Mais simples e construtiva seria a solução que previsse tanto o acto como a norma como fontes de desvalor jurídico nos procedimentos adjudicatórios.

contrato produzida pelo contraente público não é suficiente para que o contrato seja declarado nulo; a bilateralidade dos contratos pressupõe uma declaração judicial para o efeito.

Para amenizar esta solução poderá ser invocado o n.º 3 do artigo 285.º do CCP que prevê a redução ou conversão dos contratos administrativos, independentemente do respectivo valor jurídico.

Depreende-se desta norma que a produção plena dos efeitos da nulidade por ofensa do artigo 43.º do CCP, será excepcional.

4.6. Peças de procedimento nas parcerias público-privadas

O legislador foi cauteloso na abordagem ao conceito de parcerias público-privadas. Não identificou este *nomen juris* com qualquer *tipo* contratual, limitando-se a referir que “os cadernos de encargos dos procedimentos de formação de contratos que configurem parcerias público-privadas devem submeter à concorrência os aspectos da sua execução relativos aos encargos para a entidade adjudicante e aos riscos a ela directa ou indirectamente afectos decorrentes da configuração contratual” (artigo 45.º do CCP). A indefinição dogmática das parcerias público-privadas, enquanto fonte de relações jurídicas, é ilustrada pela abordagem de MARIA JOÃO ESTORNINHO que as identifica como *relações de complementaridade* entre contratos públicos⁹⁴.

Assentando na classificação convencional poderá esboçar-se que estes procedimentos adjudicatórios específicos dão origem a **contratos atípicos (mistos)**⁹⁵, ainda que seja perceptível a predominância de um modelo contratual especialmente vocacionado para o objectivo a prosseguir.

Segue-se, portanto, a interpretação da figura das parcerias público-privadas enquanto regime jurídico de enquadramento de contratos que contenham os elementos mínimos definidos no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 86/2003:

- a) carácter duradouro;
- b) actividade tendente à satisfação de necessidades colectivas;
- c) transferência da responsabilidade do financiamento, investimento e exploração para o sector privado.

Este último descritor dos contratos que configurem parcerias público-privadas deverá demonstrar, inequivocamente, a fundamentação do benefício deste tipo de

⁹⁴ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos contratos públicos*, Almedina, 2006, página 328.

⁹⁵ Sobre a distinção e relação entre contratos atípicos e contratos mistos PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, 2009, página 217.

contratação, a partir dos termos identitários fundamentais das parcerias, que são o “*value for the money*”⁹⁶ e o “*public sector comparator*”⁹⁷.

A quantificação do primeiro termo justificará a parceria público-privada se o valor total actual do custo da oferta pelo sector privado for menor que o valor líquido actual do custo de base do serviço, aferido em função dos riscos que o Estado continua a suportar, ajustamentos por riscos transferíveis e efeitos de neutralidade concorrencial⁹⁸.

O segundo termo – comparador público - está previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 6º e na alínea d) do n.º 7 do artigo 8.º, salientando-se nessas disposições que:

- a) o lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem a configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins...”;
- b) será necessária a demonstração da inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira.

A relevância destes requisitos tem sido reafirmada pelo Tribunal de Contas, em Acórdãos recentes sobre a matéria⁹⁹.

Cumprindo estes requisitos, podem as parcerias público-privadas originar a outorga de contratos que contenham prestações típicas das concessões de obras públicas e/ou de serviço público, fornecimento contínuo, prestação de serviços, gestão e de colaboração (n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril).

A experiência nacional¹⁰⁰ de contratação em regime de parcerias público-

⁹⁶ Valor que resulta da relação entre o equilíbrio entre os custos globais (ciclo de vida total do projecto) e os benefícios financeiros, económicos e sociais do mesmo. É um conceito relacionado com a eficiência, pois permite comparar o dispêndio entre a solução de investimento imediato e a escalonada ao longo do tempo.

⁹⁷ Permite identificar o melhor projecto que possa ser realizado e financiado directamente pelas entidades públicas, através de procedimentos adjudicatórios públicos, para obter o mesmo resultado que poderia ser obtido pelo mesmo projecto em parceria público-privada.

⁹⁸ NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, páginas 83 e 84.

⁹⁹, entre outros, o Acórdão 167/09, de 20 de Novembro (Processo n.º 1861/09); Acórdão 168/09, de 23 de Novembro (Processo n.º 1352/09); Acórdão 169/09, de 23 de Novembro (Processo 585/09)

¹⁰⁰ os seguintes diplomas: i) Decreto-Lei n.º 168/94, de 15 de Junho (Aprova as bases da concessão da concepção, do projecto, da construção, do financiamento, da exploração e da manutenção da nova travessia sobre o rio Tejo em Lisboa, bem como da exploração e da manutenção da actual travessia, e atribui ao consórcio Lusoponte a respectiva concessão); ii) Decreto-Lei n.º 393-A/98, de 12 de Abril (atribui ao consórcio Auto-Estradas do Atlântico - Concessões Rodoviárias de Portugal, S.A., a concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estrada na zona Oeste de Portugal e aprova as bases da concessão); iii) Decreto-Lei n.º 248-A/99, de 6

privadas demonstra que o contrato base mais frequentemente utilizado é a **concessão**, que passa a ter uma regulamentação específica mínima nos artigos 407.º a 430.º do CCP.

O caderno de encargos que antecede estas relações contratuais é, necessariamente, complexo. O documento incorpora, obrigatoriamente, os encargos e riscos suportados pela entidade adjudicante, mas incluirá, na maior parte das vezes, a identificação do objecto do contrato, a sua duração, as diversas fases de execução das prestações contratuais (concepção, construção, implementação, exploração e eventual transferência do bem), prestação de informações, indicadores de desempenho do serviço a prestar, a respectiva monitorização, os termos e condições de renumeração do parceiro privado e a eventual partilha de benefícios do parceiro público, direitos dos financiadores, reequilíbrio financeiro e renegociação, garantias de cumprimento, regime sancionatório e incumprimento e causas de extinção do contrato.

Considerando que as relações contratuais emergentes de parcerias público-privadas identificam a distribuição do risco como elemento nuclear e que o modelo

de Junho (Atribui ao consórcio AENOR - Auto-Estradas do Norte, S. A., a concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados na zona norte de Portugal e aprova as bases de concessão); iv) Decreto-Lei n.º 335-A/99, de 20 de Agosto (Atribui ao consórcio SCUTVIAS - Auto Estradas da Beira Interior, S. A., a concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados, designada por Beira Interior); v) Decreto-Lei n.º 142-A/2001, de 24 de Abril (Atribui à sociedade LUSOS CUT -Auto-Estradas das Beiras Litoral e Alta, a concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados); vi) Decreto-Lei n.º 55-A/2000, de 14 de Abril (Atribui ao consórcio EUROSCUT - Sociedade Concessionária da SCUT do Algarve, S.A., a concessão da concepção, projecto, exploração e conservação de lanços de auto-estrada na zona do Algarve e aprova as bases da concessão); vii) Decreto-Lei n.º 87-A/2000, de 13 de Maio (Aprova as bases da concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados designada por Costa de Prata); viii) Decreto-Lei n.º 323-G/2000, de 2000-12-19 (Aprova as bases da concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados, designada por Interior Norte); xix) Decreto-Lei n.º 234/2001, de 28 de Agosto (Aprova as bases da concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados, designada por Concessão SCUT Norte Litoral); x) Decreto-Lei n.º 167-A/2002, de 22 de Julho (Aprova as bases da concessão da rede de metropolitano ligeiro da margem sul do Tejo); xi) Decreto-Lei n.º 215-B/2004, de 16 de Setembro (Aprova as bases da concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, com subsequente conservação e exploração ou transferência para o Estado da concessão designada por Litoral Centro); xii) Decreto-Lei n.º 78/2005, de 13 de Abril (Aprova as bases revistas da concessão da exploração do serviço de transporte ferroviário de passageiros do eixo norte-sul); xiii) Decreto-Lei n.º 189-B/99, de 2 de Junho (Atribui à sociedade Fertagus-Travessia do Tejo, Transportes, S.A., a exploração do serviço público de transportes ferroviário de passageiros no eixo Norte-Sul da região de Lisboa, em regime de concessão, e aprova as bases que a regulam, assim como a minuta do contrato de concessão); xiv) Decreto-Lei n.º 242/2006, de 28 de Dezembro (Aprova as bases da concessão da concepção, projecto, construção, aumento do número de vias, financiamento, manutenção e exploração dos lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados, designada por Grande Lisboa).

contratual predominante é a concessão, a entidade adjudicante, na elaboração do caderno de encargos, deverá cuidar da construção de um código de exploração, previsto no artigo 44.º do CPA, que demonstre o *value for the money* que fundamentará a oportunidade da parceria.

Na dualidade que se estabelece entre obrigações e direitos do concessionário, os artigos 414.º e 415.º do CPA contêm normas abertas a soluções não contempladas na lei, podendo esta opção do legislador acomodar as soluções que, casuisticamente, se revelem mais adequadas.

5. Parâmetros do procedimento

5.1. Preço base

Um dos elementos mais relevantes das peças do procedimento é o **preço base** que corresponde ao preço máximo a pagar pela entidade adjudicante como contrapartida da execução do contrato (artigo 47.º do CCP) e que determina, *ipso jure*, a exclusão das propostas que contenham valores que o excedam (artigo 70.º, n.º 2, do CCP).

A fixação de um preço base permite que a entidade adjudicante não fique vinculada a adquirir a qualquer preço.

Nestes termos, **preço base** é um dos **parâmetros** que mais protegem as entidades adjudicantes do cumprimento do **dever de adjudicar**¹⁰¹, acolhido no CCP.

Entre o dever de adjudicar e o preço base estabelece-se uma relação de garantia que permite às entidades adjudicantes não adjudicarem propostas demasiado onerosas.

Não fora o preço base habilitar as entidades adjudicantes com o poder/dever de excluir propostas e estas ficariam vinculadas à adjudicação, pois o elenco restritivo dos artigos 79.º e n.º 2 do artigo 146.º do CCP (*“causas de não adjudicação”*) implicam que a não adjudicação por conveniência, limitada às situações de necessidade de alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento por circunstâncias imprevistas e ocorrência de circunstâncias supervenientes justificativas da não adjudicação, confere aos concorrentes lesados o direito ao pagamento de uma indemnização limitada aos

¹⁰¹ A publicitação da intenção de contratar por parte de uma entidade adjudicante gera uma expectativa no mercado de vir a outorgar um contrato público. Aceitando este pressuposto, o legislador previu tanto nas Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, como no CCP o **dever de adjudicação** que só pode ser relativizado em circunstâncias especiais, isto é quando seja permitido à entidade adjudicante excluir todas as propostas apresentadas por violarem determinado parâmetro base.

encargos suportados com a elaboração das propostas.

Neste contexto, compreende-se a importância da fixação do **preço base**, que permite às entidades adjudicantes antecipar junto do mercado que não aceitarão contratar por valores superiores aos limites fixados.

A identificação do preço base realiza-se por um de três modos mencionados no n.º 1 do artigo 47.º do CCP:

- a) Valor fixado no caderno de encargos pela entidade adjudicante (parâmetro base do preço contratual);
- b) Valor máximo do contrato a celebrar permitido pela escolha do procedimento, quando aquela se fundamenta nos artigos 19.º a 21.º do CCP, ou seja em função do valor para a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços, bem como outros contratos;
- c) Valor máximo até ao qual o órgão competente pode, por lei ou por delegação de competências, autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar (Artigos 16.º a 22.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).

Além da função de controlo da despesa, o preço base também é utilizado para qualificar a oferta, porque o valor que lhe está associado é utilizado na expressão matemática de cálculo do requisito mínimo de capacidade financeira no procedimentos que contemplam uma prévia selecção dos candidatos (concurso limitado por prévia qualificação, procedimento por negociação e diálogo concorrencial), como prevê o Anexo IV do CCP.

5.2. Preço contratual

Na interpretação do CCP é de enorme relevância distinguir o **preço base** de outros conceitos operativos, como o **preço contratual**, o **valor do contrato** e o **benefício económico**.

Tendo por base o artigo 97.º do CCP, pode afirmar-se que o **preço contratual** corresponde ao preço a pagar pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato. O **preço contratual** adquire relevo após o acto de adjudicação, pois depende do preço proposto pelo concorrente adjudicatário.

O conceito de **preço contratual** abrange todo o período de execução do contrato, incluindo as eventuais renovações. Se o contrato a outorgar for submetido a um regime de renovações, o **preço contratual** inclui não só o período de vigência inicial

mas também as remunerações devidas à adjudicatária pelos períodos de renovação.

Sintetizando, o preço contratual inclui quaisquer pagamentos que o adjudicatário possa receber da entidade adjudicante durante a execução normal do contrato outorgado. Introduzimos na exposição o conceito de execução normal para melhor identificar outras prestações contratuais com expressão patrimonial que o legislador, através do n.º 3 do artigo 97.º do CCP, expressamente, excluiu do conceito de preço contratual. Referimo-nos aos acréscimos de preço decorrentes de modificações objectivas do contrato (artigos 313.º e ss. do CCP), reposição do equilíbrio financeiro (artigos 282.º e 354.º do CCP) e o eventual pagamento de prémios por antecipação da execução do contrato (artigo 301.º do CCP).

Na interpretação do CCP o preço contratual é relevante para identificação de pressupostos para a selecção do procedimentos de ajuste directo para contratar novas obras que consistam na repetição de obras similares objecto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante [ponto iii) da alínea a) do n.º 1 do artigo 25.º do CCP] e adquirir novos serviços que consistam na repetição de serviços similares objecto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante [ponto iii) da alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP]; determinar o valor da caução a prestar pelo adjudicatário (artigos 88.º e 89.º do CCP); fundamentar a exclusão de propostas quando o preço contratual for superior ao preço base (alínea d) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP).

5.3. Benefício económico e valor do contrato

O conceito de *benefício económico* influencia o conceito de *valor do contrato*, por força desta relação ambos os conceitos têm uma função extremamente importante na escolha do procedimento adjudicatório.

Descreve o n.º 1 do artigo 17.º do CCP que o *valor do contrato* corresponde ao *valor máximo do benefício económico* que, em função do procedimento adoptado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objecto.

Especifica o n.º 2 do mesmo preceito que o *benefício económico* integra:

- a) o preço a pagar pela entidade adjudicante ou por terceiros (*preço contratual*);
- b) o valor de quaisquer contraprestações a efectuar em favor do adjudicatário;
- c) o valor das vantagens que decorram directamente para este da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das

prestações que lhe incumbem;

- d) os bens móveis necessários à execução de um contrato de empreitada de obras públicas disponibilizados pela entidade adjudicante.

Na medida em que o **valor do contrato** é determinado pelo somatório de todos os factores que integram o **benefício económico** e que os limiares internos (limites máximos de despesa) fixados nos artigos 19.º a 21.º do CCP são identificados por referência ao **valor do contrato** a outorgar, na sequência dos procedimentos de ajuste directo, concurso público e concurso limitado por prévia qualificação, a escolha de cada um destes procedimentos vai determinar o valor (máximo) do contrato a celebrar (artigo 18.º do CCP).

5.4. Prazo de vigência

A regra vertida no artigo 48.º do CCP (“*fundamentação do prazo de vigência*”) determina que a entidade competente para autorizar a despesa quando identificar um prazo de vigência superior a três anos no caderno de encargos relativo a contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, fica vinculada a um dever especial de fundamentação.

A mesma orientação normativa pode extrair-se dos artigos 440.º, 432.º e 451.º do CCP, que regulam o regime substantivo dos contratos de aquisição e locação de bens móveis e prestação de serviços.

Percebe-se, claramente, um propósito de prevenir a *sobrevivência* de relações contratuais que se perpetuam, vedando o funcionamento de mecanismos de concorrência básicos, incluindo a renegociação de preços em condições mais vantajosas.

A estipulação de um prazo superior deve fundamentar-se na natureza das prestações contratuais, ou nas condições de execução que possam fundamentar um prazo superior.

A aceitação de um prazo de execução superior deve ser expressamente evidenciada conjuntamente com o acto de autorização de despesa e pode contemplar: o fornecimento de bens não disponíveis em modelo standard no mercado que sejam necessários para o desempenho de determinado serviço, ou a prestação de serviços de manutenção associados aos ciclos de vida de determinados equipamentos.

Como acima se referiu, aparentemente, o ânimo do legislador dirige-se à prevenção da ocorrência de situações de favorecimento de fornecedores através da renovação de vínculos contratuais ou da estipulação *ab initio* de relações contratuais

(excessivamente) duradouras.

Este contexto não prejudica que determinados vínculos obrigacionais perdurem para além da execução das prestações contratuais nucleares. Referimo-nos concretamente às obrigações de sigilo e de garantia nos contratos de fornecimento de bens ou serviços (artigo 440.º, n.º 2 do CCP).

5.5. Especificações técnicas

Como já referimos, o objecto dos contratos públicos e a execução das prestações contratuais devem ser descritos no caderno de encargos.

Também já constatámos que a aprovação de formulários de cadernos de encargos também não condiciona a discricionariedade das entidades adjudicantes na elaboração das peças concursais.

Contudo, o legislador não conferiu plena **discricionariedade** às entidades adjudicantes na redacção dos seus cadernos de encargos, pois impôs um regime próprio para as **especificações técnicas** (artigo 49.º do CCP).

A descrição legal das especificações técnicas pressupõe o domínio do conceito comunitário recepcionado pelo n.º 1 do artigo 49.º do CCP.

Para o efeito, o intérprete deve recorrer ao anexo VI da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento e do Conselho, de 31 de Março e ao Anexo XXI da Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

Percebe-se da leitura dos textos que o conceito **especificações técnicas** diferencia-se consoante se trate da celebração de um contrato de empreitada de obras públicas, ou de um contrato de fornecimento de bens e/ou serviços.

Ante esta dualidade do tipo de contrato a outorgar assumem-se os seguintes significados para as especificações técnicas:

- a) empreitada de obras públicas – as prescrições técnicas constantes, nomeadamente, do caderno de encargos, que definem as características exigidas ao material, produto ou fornecimento, que permitem caracterizá-los de modo a que correspondam à utilização a que a entidade adjudicante os destina. Essas características incluem os níveis de desempenho ambiental, a concepção que preencha todos os requisitos (incluindo a acessibilidade para os deficientes) e a avaliação da conformidade, a adequação de utilização, a segurança ou as dimensões, incluindo os procedimentos relativos à garantia de qualidade, a terminologia, os símbolos, os ensaios e métodos de ensaio, a embalagem, a

marcação e rotulagem, as instruções de utilização, bem como os processos e métodos de produção; incluem igualmente as regras de concepção e cálculo, as condições de ensaio, de controlo e de recepção das obras, bem como as técnicas e métodos de construção e todas as outras condições de carácter técnico que a entidade adjudicante possa exigir, por meio de regulamentação geral ou especial, no que respeita às obras acabadas e aos materiais ou elementos integrantes dessas obras;

- b) contratos de fornecimento de bens ou de serviços - especificação constante de um documento que define as características de um produto ou serviço, tais como os níveis de qualidade, os níveis de desempenho ambiental, a concepção que preencha todos os requisitos (incluindo a acessibilidade para os deficientes) e a avaliação da conformidade, a adequação de utilização, a utilização do produto, a segurança ou as dimensões, incluindo as exigências importantes aplicáveis ao produto no que se refere ao nome sob o qual é vendido, a terminologia, os símbolos, os ensaios e métodos de ensaio, a embalagem, a marcação e rotulagem, as instruções de utilização, os processos e métodos de produção e os procedimentos de avaliação da conformidade.

Na consolidação dos princípios da igualdade e da concorrência na contratação pública, o recurso à descrição do objecto do contrato, através de **especificações técnicas**, desempenha uma dupla função:

- a) permite uma efectiva igualdade dos concorrentes na apresentação de propostas subordinadas a um objecto contratual, que é entendido de forma uniforme pelos concorrentes, independentemente do seu Estado de origem¹⁰²;
- b) previne a discriminação ou a criação de obstáculos às liberdades comunitárias de circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais¹⁰³.

Semelhante alcance já vinha consagrado no n.º 2 do artigo 23.º da Directiva n.º

¹⁰² No Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Setembro de 2000, processo n.º C-225/98, “Comissão vs França”, considerou-se ilícita a identificação de lotes num anúncio de concurso através de classificações de organismos profissionais franceses, aumentando a dificuldade dos concorrentes provenientes de outros Estados Membros apresentarem propostas, porquanto teriam de se informar previamente junto das entidades em causa sobre o objecto e conteúdo de tais referências.

¹⁰³ Processo n.º C-59/00 Bent Moustén Vestergaard (2001), em que o Tribunal de Justiça veda a possibilidade de uma entidade adjudicante inserir no caderno de encargos uma cláusula que exija para a execução do contrato a utilização de um produto de marca determinada, sem acrescentar a menção “ou equivalente”.

2004/18/CE, que estabelecia que as *“especificações técnicas devem permitir o acesso dos proponentes em condições de igualdade e não criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência”*.

Esta dupla função expressa-se na proibição vertida no n.º 12 do artigo 49.º do CCP de fixar especificações técnicas através de referências a um fabricante ou uma proveniência determinados, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção, que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens.

Exemplo desta proibição é a especificação do fornecimento de telemóveis pela menção de um determinado modelo associado exclusivamente a um fabricante.

Excepcionalmente, poderá ser admitido este tipo de especificação se for acompanhada da menção *“ou equivalente”*, nos casos em que seja impossível descrever as prestações contratuais, de forma suficientemente precisa e inteligível, nos termos em que as mesmas devem ser legalmente descritas (cfr n.º 13 do artigo 49.º).

Perante a coexistência de fontes normativas comunitárias e nacionais, as entidades adjudicantes devem basear-se nas regras técnicas nacionais obrigatórias, se não contiverem conteúdos contrários ao direito comunitário (n.º 2 do artigo 49.º do CCP).

Nas partes não reguladas por normas imperativas as entidades adjudicantes devem elaborar as especificações técnicas por referência, preferencial e sequencial, a normas nacionais que transponham normas europeias, a homologações técnicas europeias, a especificações técnicas comuns, a normas internacionais ou a qualquer outro referencial técnico elaborado pelos organismos europeus de normalização, acompanhadas da menção *“ou equivalente”* [alínea a) do n.º 2 do artigo 49.º do CCP].

Na falta de qualquer destas referências técnicas, as entidades adjudicantes devem basear-se em normas nacionais, a homologações técnicas nacionais, ou a especificações técnicas nacionais em matéria de concepção, de cálculo e de realização de obras e de utilização de materiais, acompanhadas da menção *“ou equivalente”* [alínea b) do n.º 2 do artigo 49.º do CCP].

Noutros casos, não subsumíveis no parágrafo anterior, as especificações técnicas devem ser elaboradas em termos de desempenho, ou de exigências funcionais, incluindo práticas e critérios ambientais, desde que sejam suficientemente precisas para permitir a determinação do objecto do contrato pelos interessados e a escolha da proposta pela entidade adjudicante [alínea c) do n.º 2 do artigo 49.º do CCP].

As especificações técnicas descritas por referência a normas técnicas correspondem, na dinâmica do CCP, a parâmetros mínimos de desempenho.

O n.º 4 do artigo 49.º do CCP conforma este entendimento, ao tornar claro que não podem ser excluídas propostas com fundamento em desconformidade dos respectivos bens ou serviços com as especificações técnicas de referência, fixadas por normas técnicas, desde que o concorrente demonstre, de forma adequada e suficiente, que as soluções apresentadas na sua proposta satisfazem, de modo equivalente, as exigências definidas por aquelas especificações técnicas.

Portanto, salvaguarda-se a possibilidade de o concorrente provar que a sua solução alcança, pelo menos, o desempenho descrito na norma de referência.

As preocupações de uniformização da contratação também se evidenciam na impossibilidade de excluir propostas em procedimentos adjudicatórios relativos a obras, a bens ou a serviços, cuja especificação tenha sido baseada em termos de desempenho ou exigências funcionais, desde que:

- a) o conteúdo das propostas esteja conforme com normas nacionais que transponham normas europeias, com homologações técnicas europeias, com especificações técnicas comuns, com normas internacionais, ou com qualquer outro referencial técnico elaborado pelos organismos europeus de normalização;
- b) estas especificações corresponderem ao desempenho ou cumprirem as exigências funcionais fixadas no caderno de encargos (n.º 5 do artigo 49.º do CCP).

O **ónus da prova** da similitude desempenho cabe ao concorrente, mas uma vez cumprido não pode a entidade adjudicante recusar-se a aceitar a sua proposta. Admite-se até que o concorrente exerça a actividade probatória a que está sujeito pela apresentação de um dossier técnico do fabricante ou de um relatório de ensaio de um organismo reconhecido (*“laboratórios de ensaio ou de calibração e os organismos de inspecção e de certificação que cumprem as normas europeias aplicáveis”*), independentemente do local do estabelecimento desta entidade certificadora, que até pode estar localizado noutra Estado membro (n.ºs 9 e 10 do artigo 49.º do CCP).

Subjacente a esta solução normativa está a constatação que a actividade desenvolvida previamente pelos concorrentes para a obtenção da certificação de desempenho, de acordo com uma determinada norma, constitui uma garantia qualificada de idoneidade técnica do concorrente, que o habilita a executar determinados contratos.

5.6. Preocupações ambientais

Em sintonia com este pressuposto, o CCP admite que as especificações de fornecimentos que envolvam critérios ou práticas ambientais possam ser identificadas através do *rótulo ecológico europeu*, ou por qualquer outro rótulo ecológico (n.º 7 do artigo 49.º do CCP).

Também nesta matéria o legislador salvaguardou a impossibilidade de a opção por um rótulo ecológico configurar uma restrição à igualdade de oportunidades na celebração de contratos públicos, pois deverão ser cumpridos os seguintes requisitos:

- a) as especificações do rótulo ecológico devem ser adequadas à definição das características dos bens ou serviços objecto do contrato a celebrar;
- b) Os requisitos do rótulo ecológico devem ter na sua base uma informação científica;
- c) Os rótulos ecológicos devem ser desenvolvidos por um procedimento em que possam participar todas as partes interessadas, tais como os organismos governamentais, os consumidores, os fabricantes, os distribuidores e as organizações ambientais; e
- d) Os rótulos ecológicos devem ser acessíveis a todas as partes interessadas.

Verificados estes requisitos, as entidades adjudicantes podem identificar nos cadernos de encargos uma presunção entre a disponibilidade de um rótulo ecológico e o cumprimento das especificações técnicas definidas no caderno de encargos.

Esta possibilidade valoriza a função dos rótulos ecológicos e as políticas ambientais por eles prosseguidas e coexiste com a possibilidade de os concorrentes provarem que a sua solução de fornecimento cumpre as exigências técnicas do caderno de encargos, tal como são definidas pelo rótulo ecológico (n.º 8 do artigo 49.º do CCP).

Este tipo de incentivo está patente na Directiva n.º 2004/18/CE, que consagra o acolhimento de preocupações ambientais e sociais na formulação de especificações técnicas, incluindo a definição técnica do objecto do contrato através de rótulos ecológicos, os quais deverão ser acessíveis a todos os interessados, não se prejudicando a hipótese de os concorrentes provarem o desempenho requerido através de outros meios.

Os órgãos da União Europeia incentivam a inclusão de aspectos sociais e ambientais nos contratos públicos.

Em particular, a Comissão desempenha um papel dinamizador nestes domínios.

Através da Comunicação Interpretativa sobre o direito comunitário aplicável aos

contratos públicos este órgão comunitário identificou inúmeras possibilidades de integrar aspectos sociais e ambientais nesses contratos (Comunicação Interpretativa da Comissão, de 4 de Julho).

Além desta *Comunicação Interpretativa*, a Comissão divulgou o documento “*Comprar Ecológico! – manual de contratos públicos ecológicos*”, que identifica modos práticos de acolher preocupações ecológicas na actividade de contratação pública, designadamente na definição dos requisitos do contrato, na definição do objecto, na elaboração das especificações técnicas através de rótulos ecológicos, na avaliação e selecção dos fornecedores e prestadores de serviços, bem como na elaboração de regras gerais de adjudicação de um contrato e utilização dos critérios de adjudicação associados a critérios ecológicos¹⁰⁴.

Em Portugal, o Governo deliberou a Resolução do Conselho de Ministros nº 65/2007, de 7 de Maio, que aprovou a Estratégia Nacional para as Compras Ecológicas, emanando um instrumento orientador para a integração de critérios ambientais nos procedimentos adjudicatórios de celebração de contratos públicos, com especial incidência para os promovidos pela Agência Nacional de Compras Públicas, EP.

Surge, assim, o conceito de ***compras públicas ecológicas***, entendido como o procedimento de integração de critérios ambientais no processo de contratação pública de aquisição de bens, prestação de serviços e empreitadas, visando a identificação e possível escolha de produtos ou serviços com um melhor desempenho ambiental (capítulo 3 do Anexo I à Resolução de Conselho de Ministros 65/2007, de 7 de Maio).

A generalização deste conceito tem por objectivo garantir a oferta, no mercado, de produtos e serviços com um desempenho ambiental adequado e a redução dos impactes ambientais associados ao consumo dos bens e serviços.

Constata-se que a Agência Nacional de Compras Públicas, E.P., tem lançado concursos públicos que já cumprem critérios ambientais para prosseguir os supra referidos objectivos¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Com o objectivo de auxiliar as entidades adjudicantes a prosseguirem estes objectivos a Comissão determinou a elaboração da publicação *Comprar ecológico – Manual de contratos públicos ecológico*, disponível no seguinte endereço electrónico: (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pt.pdf).

¹⁰⁵ No concurso para equipamento informático foram definidos requisitos ambientais mínimos relacionados com o cumprimento de fontes normativas nacionais e internacionais, nomeadamente o Decreto-Lei n.º 230/2004, de 10 de Dezembro; serão valorizadas, pelas entidades adquirentes, no âmbito do procedimento para a celebração do contrato, as propostas que satisfaçam as especificações ambientais ISO 14001, ISO 7779 e ISO 9296, relativas à medição, informação e verificação do nível de ruído dos produtos previstos. No concurso “papel, economato e consumíveis de impressão” foi

Outra vertente de actuação política desenvolvida através dos procedimentos de compras públicas diz respeito à inclusão de conteúdos sociais, nomeadamente discriminações positivas, nas especificações dos contratos.

Mais uma vez, os órgãos comunitários têm assumido e desempenhado um papel promotor nestes domínios.

O resultado pode ser verificado na inclusão nas Directivas n.ºs 2004/CE/17 e 2004/18/CE da possibilidade de as entidades adjudicantes fixarem condições especiais de execução do contrato de índole social e ambiental, desde que as mesmas sejam compatíveis com o direito comunitário e sejam indicadas no anúncio utilizado como meio de abertura de concurso ou no caderno de encargos (respectivamente, artigos 38.º e 36.º dos diplomas comunitários), bem como na elaboração e aprovação do “*Livro Verde para a Responsabilidade Social das Empresas*”, este último da autoria da Comissão.

No plano nacional o alcance do texto normativo foi mais modesto, limitando-se à referência contida no n.º 14 do artigo 49.º do CCP: “*sempre que possível, as especificações técnicas devem ser fixadas de forma a contemplar características dos bens a adquirir ou das obras a executar que permitam a sua utilização por pessoas com deficiências ou por qualquer utilizador*”.

Lamenta-se que num domínio relevante como é do desenvolvimento de políticas sociais, associadas a formas inovadoras de contratação, a realização nacional se limite a esta transposição, especialmente se considerarmos que o preâmbulo dos diplomas comunitários referidos acolhia, expressamente, a possibilidade de as entidades adjudicantes poderem utilizar critérios que visem satisfazer exigências sociais, designadamente de categorias da população particularmente desfavorecidas a que pertençam os beneficiários/utentes das obras, fornecimentos ou serviços que são objecto do contrato.

Esta opção é tanto mais censurável quando se verifica que noutros domínios como, por exemplo a contratação electrónica, o legislador foi bastante além do preceituado nas Directivas.

estipulado no programa de procedimento que os concorrentes que integrem o acordo quadro relativo ao Lote 3 (consumíveis de impressão) terão a responsabilidade de disponibilizar, nas instalações da entidade adquirente, um recipiente para recolha de embalagens e dos consumíveis já utilizados e proceder à remoção e tratamento dos mesmos (reutilização, reciclagem ou eliminação) de acordo com a legislação em vigor.

5.7. Common Procurement Vocabulary (CPV)

Enquanto que as *especificações técnicas* regulam matérias relativas à execução das prestações contratuais a submeter à concorrência, a descrição do objecto do contrato encontra-se também subordinada à regulamentação prescrita no **Common Procurement Vocabulary** (CPV), constante do Regulamento n.º 2195/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro, publicado no Jornal Oficial da União Europeia n.º L 340, de 16 de Dezembro de 2002¹⁰⁶.

Este documento contém os códigos que identificam, segundo uma terminologia comum ao mercado comunitário, o objecto do contrato a adjudicar, sendo particularmente úteis na consulta dos anúncios publicados no Jornal Oficial da União Europeia.

O CPV é de utilização obrigatória pelas entidades adjudicantes (modelos publicados em anexo à Portaria n.º 701-A/2008, de 29 de Julho).

Também através da identificação do objecto dos contratos públicos o legislador prossegue uma política de fomento de igualdade de condições de contratar com as entidades adjudicantes do espaço económico da União Europeia.

6. Esclarecimentos e rectificações

6.1. Enquadramento dos esclarecimentos e rectificações no CCP

O regime dos *esclarecimentos e rectificações* desenvolve o princípio da boa fé nas relações que se estabelecem no procedimento adjudicatório.

A entidade adjudicante é responsável pelo teor e efeitos das declarações que inscreve no programa de procedimento e caderno de encargos.

A existência de incorrecções revela-se prejudicial, não só pelo erro que pode causar na percepção de tais conteúdos pela concorrência, como pela, conseqüente, probabilidade de recepção de propostas que não se coadunem com os objectivos que levaram à prática da decisão de contratar.

Reconhece-se, por isso, aos concorrentes o direito de solicitar esclarecimentos até ao fim do primeiro terço do prazo de apresentação de propostas (artigo 50.º, n.º 1 do CCP).

Às entidades adjudicantes cabe o dever de os prestar em tempos adequados à

¹⁰⁶ Este Regulamento foi alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2151/2003, da Comissão, de 16 de Dezembro, publicado no Jornal Oficial da União Europeia n.º L329, de 17 de Dezembro de 2003 e pelo Regulamento (CE) n.º 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, publicado no Jornal Oficial da União Europeia, n.º L74, de 15 de Março de 2008.

preparação das propostas, isto é até ao final do segundo terço do prazo de apresentação (artigo 50, n.º 2 do CCP). Com efeito, no momento da divulgação das peças concursais existe uma fundada assimetria de informação entre a entidade adjudicante e a concorrência, que dispõe de tempos relativamente reduzidos para interpretar a totalidade das peças concursais e, simultaneamente, preparar a proposta solicitada.

Neste contexto, os esclarecimentos permitem um nivelamento de tal assimetria de informação, assim como permitem à entidade adjudicante clarificar aspectos que possam suscitar dúvidas à concorrência.

Sobre o conteúdo dos esclarecimentos há que recorrer à figura do declaratório normal (artigo 236.º do Código Civil), estando a entidade adjudicante vinculada a prestar as informações que permitissem a um destinatário normal colocada nas circunstâncias do concorrente considerar esclarecidas as dúvidas por si colocadas.

São, portanto, censuráveis os esclarecimentos que respondam formalmente às questões suscitadas, sem qualquer conteúdo substantivo que adicione a informação necessária para a elaboração de uma proposta competitiva.

6.2. Prazo e modo da inserção dos esclarecimentos e rectificações

Na medida em que a manutenção de erros ou omissões nas peças concursais pode gerar prejuízos cuja responsabilidade é imputável à entidade adjudicante, revela-se adequado e oportuno garantir à entidade adjudicante um meio de os remover do caderno de encargos.

Neste sentido, como anteriormente mencionámos, a propósito do conteúdo das peças concursais, a entidade adjudicante pode inserir rectificações às peças do procedimento, motivadas por erros e omissões, desde que o faça até ao segundo terço do prazo fixado para a apresentação de propostas (artigo 50.º, n.º 3, do CCP).

O modo de divulgação das rectificações também é influenciado pelos princípios da igualdade e da transparência, porquanto tais conteúdos devem ser publicitados na plataforma electrónica e juntos às peças do procedimento que tenham sido divulgadas. Os concorrentes que tenham adquirido as peças do procedimento devem ser notificados do teor das rectificações introduzidas. Este tratamento específico fundamenta-se no especial interesse demonstrado no procedimento adjudicatório pelos notificados.

6.2.1. Na abordagem prática à prestação dos esclarecimentos começamos por

destacar que os tempos de solicitação e prestação são injuntivos. O incumprimento do prazo de prestação dos esclarecimentos determina a prorrogação do prazo de apresentação de propostas por período equivalente ao que for excedido (artigo 64.º do CCP).

Cumpra ainda salientar que os esclarecimentos não se confundem, de modo algum, com modificações às peças concursais. Desde logo ao nível da competência e dos próprios efeitos, pois para modificar o conteúdo das peças concursais é competente a entidade que autoriza a despesa, enquanto que para esclarecer o conteúdo dos mesmos documentos é competente o júri.

Outro factor distintivo reporta-se à influência das duas figuras no prazo de apresentação de propostas.

A prestação de um esclarecimento, no prazo devido, não influencia o prazo de apresentação de propostas. A introdução de uma modificação no programa de procedimento ou no caderno de encargos, que implique a alteração de aspectos fundamentais das peças do procedimento, tem como consequência a prorrogação do prazo de apresentação de propostas por período equivalente ao prazo decorrido desde o início da sua contagem até à comunicação da entidade adjudicante (n.º 2 do artigo 64.º do CCP).

Mais controvertida, é a possibilidade de o júri introduzir rectificações nas peças concursais após este prazo.

A orientação legal é a de preservar a intangibilidade das peças concursais fora dos casos, excepcionais, já referidos.

Todavia, esta interpretação não colide com a possibilidade de remover, a todo o tempo, das peças concursais erros de cálculo ou de escrita que sejam por demais ostensivos e que ressaltem do próprio contexto da declaração negocial.

Nestes casos a rectificação deve ser admitida nos termos previstos no artigo 249.º do Código Civil, com vem sendo admitido pela jurisprudência¹⁰⁷.

7. Erros e omissões

7.1. Evolução do instituto dos erros e omissões

O instituto dos erros e omissões marcou, particularmente, os mercados públicos durante o período de vigência do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

De acordo com o artigo 14.º deste diploma, revogado pelo CCP, os erros e

¹⁰⁷ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 29 de Fevereiro de 2009 (Processo 4057/08).

omissões podiam ser objecto de reclamação do empreiteiro adjudicatário após a consignação da obra, durante o prazo supletivo de 66 dias, traduzindo-se num *adicional* ao contrato de empreitada.

Sublinhava JORGE ANDRADE DA SILVA, a partir do texto legal vigente sobre reclamação quanto a erros e omissões do contrato de empreitada de obras públicas, que o empreiteiro tinha toda a legitimidade para reclamar contra: erros e omissões do projecto, erros de cálculos, erros materiais, erros ou omissões das folhas de medições discriminadas e respectivos mapas de quantidades.

Essa legitimidade substantiva fundava-se na imputação ao dono da obra da incorrecção dos elementos que fornece ao empreiteiro, assistindo a este o direito de reclamar a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, evitando um injusto locupletamento do dono de obra e responsabilizando-o pelo erro e suas consequências¹⁰⁸.

Sobre este enquadramento, o CCP introduziu novidades que determinam *in fine* uma alteração na partilha de risco entre a entidade adjudicante e os concorrentes na fase pré-contratual e uma eventual responsabilização destes em caso de adjudicação da sua proposta.

Estas categorias geradoras de erros e omissões podem manifestar-se em quaisquer aspectos da execução do contrato, independentemente de serem submetidos ou não à concorrência.

O primeiro aspecto a destacar reporta-se ao aumento da amplitude da incidência de erros e omissões, em termos formais e materiais.

Em sentido muito mais abrangente do que dispunha a legislação revogada, o CCP determina que a fonte dos erros e omissões é o **caderno de encargos** e não apenas elementos integrados no projecto.

Sobre este aspecto temos que referir que sendo o caderno de encargos a peça do procedimento que contém as cláusulas do contrato a celebrar, os concorrentes deverão analisar, minuciosamente, o contrato antecipado pelo caderno de encargos, em busca de elementos que possam *ab initio* desequilibrar a relação contratual em seu prejuízo, equivalendo o seu silêncio, ainda nesta fase, a uma presunção legal de aceitação. Esta solução em determinados contratos, complexos na sua execução, ronda os limiares da boa fé e pode, inclusivamente, determinar uma redução substancial do número de interessados em contratar, pois o risco que assumem com uma eventual

¹⁰⁸ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Regime jurídico das empreitadas de obras públicas*, 7.ª edição, Almedina, 2001, página 64.

não percepção de erros e omissões pode ser fatal na fase de execução do contrato.

Curiosamente, como detecta José Manuel Oliveira Antunes¹⁰⁹, esta solução só tem paralelismo com a legislação de 1906, na qual se vedava ao empreiteiro a possibilidade de reclamar contra erros e omissões porque se presumia que “...o empreiteiro, antes de apresentar a sua proposta, se inteirava, no terreno, de todas as condições de execução das obras cujo projecto estivera patente durante o prazo de concurso”.

Doravante, os interessados em concorrer devem identificar os erros e omissões e devem, nas suas propostas, identificar o modo de correcção e suprimento daqueles que venham a ser aceites pela entidade adjudicante, mesmo que tenham sido identificados por outro concorrente, bem como incluir o respectivo custo no preço proposto (n.º 7 do artigo 61.º do CCP).

Percebe-se que a fixação do legislador nos conceitos de **preço base** e **preço contratual** (que inclui o custo do suprimento de erros e omissões), assim como os objectivos a ele associados influenciem soluções desta natureza.

Veremos o que a prática nos trará, mas desde já se antecipa uma intensa actividade da entidade adjudicante e dos concorrentes na fase de elaboração de propostas, com apresentação de listas de erros e omissões, respostas e propostas adicionais.

7.1.2. Em termos materiais, a alteração da incidência do conceito de **erros e omissões** não é menos relevante.

De acordo com o artigo 61.º, n.º 1, estabelece-se que este conceito integra os seguintes aspectos da execução do contrato:

- a) aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade;
- b) espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do contrato;
- c) condições técnicas de execução do objecto do contrato a celebrar, que o interessado não considere exequíveis.

A primeira categoria de aspectos reporta-se a uma dimensão descritiva do caderno de encargos. Estarão em causa divergências entre informação factual inserida no caderno de encargos e elementos físicos subjacentes ao contrato a executar, tais como o local ou os bens a utilizar na execução do contrato. A entidade adjudicante

¹⁰⁹ JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES, *Código dos Contratos Públicos – Regime de erros e omissões*, Almedina, 2009, página 88.

deve cuidar da previsão no caderno de encargos do direito de os concorrentes poderem inspecionar o local de execução dos trabalhos e estimar o prazo de apresentação de propostas em função destas diligências que poderão revelar-se essenciais para uma adequada elaboração da proposta (n.º 2 do artigo 63.º do CCP).

A segunda categoria inclui divergências relativas à *espécie* das prestações a contratar (locação ou venda, demolição ou reabilitação), ou à *quantidade* de unidades necessária para atingir determinado resultado (metros quadrados necessários para revestir determinada área, número de horas de consultoria para completar certo estudo). Poderão, inclusivamente, surgir questões de diferente qualificação jurídica entre o caderno de encargos e a interpretação que o concorrente assume na preparação da sua proposta.

A terceira categoria corresponde a impossibilidades objectivas de cumprimento das prestações contratuais ou obstruções não imputáveis ao concorrente e que a entidade adjudicante deveria considerar. Por exemplo, definir como área de implantação de um empreendimento em que corre uma linha de água pode inviabilizar o projecto solicitado, a violação de uma servidão ou área dominial, a violação de direitos de propriedade intelectual.

Genericamente, este tipo de factor foi acolhido no texto legal do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março e tinha uma identidade muito associada aos contratos de empreitadas de obras públicas. Nesse regime (revogado) o momento de apresentação de erros e omissões devia compreender-se entre a data de consignação da obra e o prazo para o efeito estabelecido no caderno de encargos, aplicando-se, supletivamente, o prazo legal de 66 dias (artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março).

Portanto, o CCP antecipa para a fase de elaboração de propostas a discussão sobre quaisquer conteúdos do futuro contrato que os concorrentes considerem inaceitáveis, ou especialmente prejudiciais. Ora, sabendo de antemão que a possibilidade de introduzir ajustamentos ao conteúdo do caderno de encargos é limitadíssima e apenas em favor da entidade adjudicante (artigo 99.º do CCP), incumbe aos concorrentes o emprego da maior diligência possível a fim de poder reagir contra os erros e omissões do caderno de encargos.

7.2. Efeitos do surgimento de erros e omissões

Os concorrentes não têm nenhum mecanismo de plena eficácia que lhes garanta a remoção de elementos geradores de erros e omissões do futuro contrato. O poder de decisão cabe sempre à entidade adjudicante (cfr n.º 5 do artigo 61.º do CCP).

Todavia, os concorrentes dispõem de uma solução que lhes permite neutralizar os efeitos do ónus de identificação de erros e omissões.

Efectivamente, este ónus de identificação e comunicação dos erros e omissões só produz os efeitos que adiante identificaremos (eventual co-responsabilização), se forem, somente, detectáveis na fase de execução do contrato, em função do uso de uma diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas.

Ora, a importância deste regime para o concorrente adjudicatário do contrato de empreitada de obras públicas decorre da sua responsabilização por 50% dos custos com o suprimento dos erros e omissões não identificados, mas cuja detecção era exigível na fase de formação do contrato, até ao quinto sexto do prazo para apresentação de propostas (n.º 5 do artigo 378.º do CCP).

O que está em causa é uma especial obrigação de informação dos concorrentes relativamente à entidade adjudicante na fase pré-contratual, pressupondo-se que estes têm domínio técnico efectivo sobre a informação necessária à execução do contrato que os habilita a preverem situações de desequilíbrio contratual que possam prejudicar a execução do contrato. Esta solução merece um juízo negativo formulado por JORGE ANDRADE DA SILVA¹¹⁰ baseada nas seguintes razões: i) multiplicação dos encargos de detecção de erros e omissões por todos os concorrentes (e não apenas pelo adjudicatário), havendo contrapartida financeira apenas para o adjudicatário; ii) tempo disponível (um sexto do prazo de apresentação de propostas) para proceder ao cálculo do valor dos trabalhos de correcção e suprimento dos erros e omissões detectados.

Todavia, classifica-se como equilibrada a solução que determina a inexistência de responsabilidade do concorrente adjudicatário pela verificação de erros e omissões que tendo sido por si detectados e comunicados à entidade adjudicante, durante a fase de apresentação das propostas, não tenham sido por esta aceites.

Nestes casos a entidade adjudicante assume integralmente o risco pelas vicissitudes provocadas por eventuais erros e omissões detectados durante a execução do contrato, conforme dispõe o n.º 3 do artigo 378.º, a propósito do contrato de empreitada de obras públicas, mas que se deve considerar aplicável a outros contratos administrativos regulados pelo CCP, devido às remissões dos artigos 426.º (concessão de obras públicas), 432.º (locação de bens móveis), 438.º (aquisição de bens móveis) e 451.º (aquisição de serviços).

Sobre a incidência do regime de erros e omissões, deixamos uma nota de discordância sobre o comentário de GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO

¹¹⁰ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, Almedina, 2008, página 269.

DENTE. Inesperadamente, referem estes autores que “o artigo 61.º do CCP – apesar de, ao que julgamos, se encontrar pensado essencialmente para a empreitada de obras públicas – (aparentemente) aplica-se à formação de todos e quaisquer contratos públicos. Assim dir-se-á que, relativamente aos restantes contratos a que se aplica a Parte II do Código, na fase da sua execução não haverá nenhuma consequência jurídica para o adjudicatário, derivada da não detecção de erros e omissões na anterior fase de formação do contrato”¹¹¹.

Ora, este entendimento não deixa de ser contrário às remissões legais vertidas nos artigos 426.º, 432.º, 438.º e 451.º, pelo que aos contratos regulados por tais disposições se deve ter como inquestionável a aplicação conjugada dos artigos 61.º e 378.º.

Mas consideramos, também, que relativamente a outros contratos públicos e bem assim ao contrato administrativo de concessão de serviços públicos se deve aplicar tal regime de responsabilização dos contraentes por erros e omissões, não só porque o artigo 61.º do CCP tem uma aplicação genérica, que não é contestada, mas, principalmente, porque a consequência jurídica prevista no artigo 378.º não deixa de ser uma concretização do princípio da boa fé, na vertente da *culpa in contrahendo* (artigo 227.º do Código Civil), que não encontramos motivos para afastar do regime dos contratos públicos.

7.3. Procedimento de apresentação de erros e omissões

A apresentação da lista de erros e omissões por parte dos concorrentes, na medida em que põe em crise o conteúdo do contrato da entidade adjudicante, tem por efeito principal suspender o prazo de apresentação de propostas.

O momento em que se efectiva a suspensão da contagem do prazo é identificado, pelo n.º 3 do artigo 61.º do CCP, como sendo o final do 5/6 do prazo para apresentação de propostas.

O reinício da contagem do prazo ocorre quando a entidade adjudicante se pronunciar sobre a lista apresentada pelos concorrentes, desde que essa pronúncia ocorra até ao final do prazo de apresentação de propostas.

Em caso de omissão de pronúncia, o n.º 3 do artigo 61.º do CCP determina que a contagem se reinicia no termo do prazo fixado para a apresentação de propostas.

¹¹¹ GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos – Regime...*, página 252.

Ou seja, deste emaranhado de normas pode concluir-se que a apresentação da lista de erros e omissões determina, sempre, a disponibilidade de um prazo de 1/6 a partir do momento do reinício da contagem do prazo de apresentação de propostas.

Por razões óbvias de transparência na formação do contrato público, a apresentação de listas de erros e omissões são disponibilizadas na plataforma electrónica¹¹² que suporta a contratação, dando-se desse facto conhecimento expreso aos interessados que tenham adquirido as peças do procedimento.

Serão igualmente disponibilizadas nesta plataforma as pronúncias da entidade adjudicante, as quais complementam as peças do procedimento e prevalecem sobre o caderno de encargos e a proposta, em caso de divergência (n.º 4 do artigo 96.º do CCP).

Conforme dispõe o n.º 7 do artigo 61.º do CCP, a eventual aceitação da lista de erros e omissões apresentados pelos concorrentes, determina para estes as seguintes obrigações adicionais:

- a) Identificação no documento que contém os atributos da proposta, dos termos de suprimento de erros e omissões;
- b) Identificação nesse documento do valor atribuído a cada um dos suprimentos.

O incumprimento destas obrigações implica a exclusão da proposta do concorrente faltoso, o que deve ser proposto pelo júri no relatório preliminar [Artigo 146.º, n.º 2, alínea j)].

8. Intervenientes no procedimento

8.1. Candidatos e concorrentes

Consoante as fases e os tipos de procedimento adjudicatório os interessados em contratar assumem diferentes designações.

Serão **candidatos** os interessados que participam na fase de qualificação de um concurso limitado por prévia qualificação, de um procedimento de negociação ou de um diálogo concorrencial. Serão **concorrentes** os interessados que participam num procedimento mediante a apresentação de uma proposta.

Alheia ao tipo de procedimento subsiste a liberdade de configuração do proponente. Assim, os interessados podem ser os únicos subscritores de uma proposta,

¹¹² Artigo 12.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho.

ou apresentá-la em agrupamento¹¹³ (n.º 1 do artigo 54.º do CCP), à semelhança do que anteriormente era permitido pelo n.º 1 do artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

Todavia, o regime aplicável aos agrupamentos de concorrentes apresenta modificações relevantes.

Salienta-se que o CCP antecipa o regime da solidariedade entre os membros do agrupamento (usual após a formalização do contrato de consórcio), para a fase de apresentação de propostas.

Esta alteração é da maior relevância, pois não é apenas em caso de adjudicação de uma proposta que o nível de responsabilidade dos membros do agrupamento aumenta de intensidade perante a entidade adjudicante.

De agora em diante, logo após a apresentação de propostas emerge a responsabilidade obrigacional solidária entre os co-proponentes, o que garante à entidade adjudicante o direito de, em caso de adjudicação, exigir a realização das prestações contratuais adjudicadas a qualquer dos membros do agrupamento, mesmo que os entendimentos entre eles se modifiquem, se extingam ou não estejam sequer formalizados.

Assumindo um propósito manifesto de garantir a transparência e respeito por elementares regras de concorrência, o CCP impede que um membro de um agrupamento concorra isoladamente com uma proposta e, simultaneamente, integre um agrupamento de concorrentes subscritor de outra proposta (n.º 2 do artigo 54.º do CCP).

A obrigatoriedade de os interessados em contratar se vincularem na modalidade jurídica prevista no procedimento, antes da celebração do contrato¹¹⁴, pelo regime de solidariedade que vigora nas relações internas entre os seus membros, confere acrescidas garantias de cumprimento das prestações adjudicadas à entidade adjudicante.

Sumariando o regime da solidariedade, previsto nos artigos 518.º e seguintes do Código Civil, podemos enunciar as seguintes regras relevantes para a configuração

¹¹³ Agrupamento é a designação utilizada pelo CCP para identificar uma proposta subscrita por mais de um proponente, sem que seja necessária a formalização da associação dos proponentes, nomeadamente através de contratos de consórcio (Decreto Lei n.º 231/81, de 28 de Julho) ou agrupamento complementar de empresas (Decreto Lei n.º 430/73, de 25 de Junho). Tal formalização é apenas exigível antes da outorga do contrato inerente à proposta adjudicada.

¹¹⁴ É frequentemente utilizada a figura do contrato de consórcio (externo em regime de solidariedade) que enquanto contrato *nominado* e *típico* é regulado no Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho.

das relações entre a entidade adjudicante e o agrupamento:

- a) Ao membro do agrupamento não é lícito opor o benefício da divisão da prestação e ainda que chame os outros membros à demanda não fica livre da obrigação de efectuar a prestação na totalidade à entidade adjudicante (artigo 518.º do Código Civil);
- b) A entidade adjudicante tem o direito de exigir de qualquer dos membros do agrupamento toda a prestação ou parte dela, proporcional ou não à quota do interpelado; se a entidade adjudicante exigir judicialmente a um deles a totalidade ou parte da prestação, fica inibida de proceder judicialmente contra os outros membros pelo que ao primeiro tenha exigido, salvo se houver razão atendível, como a insolvência ou risco de insolvência do demandado, ou dificuldade, por outra causa, em obter dele a prestação; se um dos membros do agrupamento tiver qualquer meio de defesa pessoal contra a entidade adjudicante, não fica esta inibida de reclamar dos outros a prestação integral, ainda que esse meio já lhe tenha sido oposto (artigo 519.º do CC);
- c) Se a prestação se tornar impossível por facto imputável a um dos membros do agrupamento, todos eles são solidariamente responsáveis pelo seu valor; mas só o membro a quem o facto é imputável responde pela reparação dos danos que excedam esse valor, e, sendo vários em situação de imputação, é solidária a sua responsabilidade (artigo 520.º do CC);
- d) A satisfação do direito da entidade adjudicante, por cumprimento, dação em cumprimento, novação, consignação em depósito ou compensação, produz a extinção, relativamente a ele, das obrigações de todos os membros do agrupamento (artigo 523º do CC);
- e) O membro do agrupamento que satisfizer o direito da entidade adjudicante além da parte que lhe competir tem direito de regresso contra cada um dos outros membros do agrupamento, na parte que a estes compete (artigo 524.º do CC).

Um outro efeito relevante da apresentação de propostas em agrupamento de concorrentes é a influência que se exerce sobre a legitimidade processual, em caso de impugnação contenciosa de qualquer acto do procedimento adjudicatório.

Como a proposta interessa a todos os que a subscrevem, em regime de solidariedade, a relação material controvertida presente em juízo só pode ser legitimamente litigada se todos manifestarem vontade nesse sentido, pelo que nestes casos se forma um litisconsórcio necessário activo.

8.1.1. Impedimentos

Sobre os candidatos ou concorrentes incide um conjunto de requisitos de idoneidade, identificados no artigo 55.º do CCP, que traduzem a impossibilidade de outorgar contratos públicos por parte de pessoas singulares ou colectivas abrangidas por situações reveladoras de especial debilidade económica ou financeira [alínea a)¹¹⁵], que tenham tido uma conduta ilícita ou tenham sido objecto de sanção que directa ou indirectamente se relacione com a execução contratual [alíneas b), c), f), g), h) e i)], que não tenham uma situação contributiva regularizada perante o Estado [alíneas d) e e)], que tenham prestado assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento [alínea i)].

A comprovação da inexistência de impedimentos é efectuada mediante a apresentação de declaração sob compromisso de honra, subscrita pelo proponente (alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º), que seguirá o modelo do Anexo II ao CCP, excepto no procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, que obriga o preenchimento do Anexo V.

A falsidade das declarações constantes dos Anexos constitui, conforme dispõe a alínea d) do artigo 456.º do CCP uma contra-ordenação muito grave, punível com coima que varia entre 2000 a 3700 euros, se for pessoa singular, ou 7500 a 44800 euros, se for pessoa colectiva, podendo ainda ao infractor ser aplicável a sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos adjudicatórios para a formação de contratos públicos (artigo 460, n.º 1 do CCP).

Em acréscimo a estas sanções existe a responsabilidade penal pelo crime de desobediência para quem participe em procedimentos adjudicatórios estando impedido de o fazer (artigo 460.º do CCP e 348.º do Código Penal).

8.2. Júri

O júri dos procedimentos é um órgão colegial, não subordinado à entidade adjudicante e que exerce com autonomia técnica e jurídica as competências próprias e delegadas previstas no CCP¹¹⁶.

Embora a designação do júri seja da competência da entidade adjudicante, após

¹¹⁵ Norma alterada pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, para permitir que as empresas que se encontrem abrangidas por um plano de insolvência (artigos 192 e seguintes do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto Lei n.º 53/2004, de 18 de Março), possam apresentar propostas em procedimentos adjudicatórios.

¹¹⁶ No mesmo sentido, embora aludindo a uma realidade diferente, pronunciam-se MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA (*Concursos...*, página 249).

o início de funções não assiste à entidade adjudicante qualquer poder hierárquico ou de direcção que lhe permita transmitir ordens, instruções ou sequer orientações ao júri.

Existe, é certo, a possibilidade de intentar recurso administrativo das deliberações do júri para o órgão competente para a decisão de contratar (n.º 2 do artigo 271.º do CCP), mas tal garantia significa, tão somente, o reconhecimento da concentração da decisão de todos os aspectos do procedimento adjudicatório no órgão que autoriza a contratação e, noutra perspectiva, a consagração do júri como órgão competente para a instrução do procedimento, mas com uma natureza autónoma que o diferencia do instrutor subordinado a que se refere o artigo 86.º do Código do Procedimento Administrativo.

A actividade material do júri compreende genericamente “a condução dos procedimentos” (artigo 67.º, n.º 1 do CCP), o que inclui, sem limitar, as competências para proceder à apreciação das candidaturas, proceder à apreciação das propostas e elaborar os relatórios de análise das candidaturas e das propostas.

Além destas competências, o júri exercerá outras que a entidade adjudicante entenda delegar-lhe (artigos 69.º e 109.º do CCP).

A lei cuida da composição do júri, definindo o seu número mínimo, três elementos efectivos e dois suplentes, podendo a entidade adjudicante decidir compor o júri com mais elementos, desde que salvasse o número ímpar e os suplentes.

Seja qual o for o número adoptado, o júri só pode funcionar desde que estejam presentes em número igual ao número de membros efectivos (artigo 68.º do CCP).

Recomenda-se que a entidade competente para a decisão de contratar acautele a designação do júri logo no momento da prática daquele acto, pois o júri inicia funções no dia útil subsequente ao envio para publicação dos anúncios do procedimento.

Enquanto órgão colectivo o júri adopta deliberações, as quais deverão ser sempre fundamentadas (n.º 3 do artigo 68.º do CCP).

Esta exigência legal propicia uma importante garantia administrativa associada à eventual impugnação das deliberações por vício de forma, podendo contagiar o acto de adjudicação. Não obstante, nalgumas matérias revela-se excessiva, especialmente se pensarmos em deliberações relativas ao funcionamento interno do órgão.

Os membros do júri no momento da votação não podem abster-se, restando-lhes votar favoravelmente ou contra determinada proposta, neste caso com possibilidade de exarar em acta voto de vencido e as razões da discordância (artigo 68,

n.ºs 3 e 4 do CCP). Daqui resulta que as deliberações quando forem aprovadas, contarão sempre com a maioria absoluta dos votos.

O júri pode dispor de apoio técnico especializado (peritos ou consultores) mas quem decide sobre a sua designação é a entidade competente para autorizar a despesa (cfr artigo 68.º, n.º 6).

Solução mais equilibrada e consentânea com outras disposições legais que visam assegurar a autonomia no funcionamento do júri, seria a que permitisse a este órgão propor a contratação, cabendo à entidade competente para autorizar a despesa a respectiva autorização.

Com especial interesse para a dinâmica do procedimento podem ser delegadas no júri as competências relativas a rectificações, prestações de esclarecimentos, pronúncia sobre erros e omissões, prorrogação do prazo de apresentação de propostas, notificações aos concorrentes, pronúncia sobre ajustamentos e aprovação da minuta do contrato.

9. Proposta

9.1. A proposta

A proposta corresponde à declaração negocial que exprime a vontade do interessado em contratar com a entidade adjudicante e o modo como se dispõe a fazê-lo (artigo 56.º do CCP).

Do lado do proponente, esta declaração enquadra-se no regime previsto no Código Civil para a perfeição da declaração negocial (artigos 224.º a 235.º) e a interpretação e integração (artigos 236.º a 239.º).

Aos contratos administrativos e a todos os outros, por maioria de razão, são aplicáveis as disposições do Código Civil sobre falta e vícios da vontade (240.º a 257.º do Código Civil), como expressamente se refere no artigo 284.º, n.º 3 do CCP.

Contudo, a equiparação entre o regime da declaração negocial regulada pela lei civil e o CCP sofre importantes excepções, como seguidamente se demonstra:

- a) A declaração negocial é expressa, não pode ser tácita, e a forma da proposta não é livre, deve contemplar os documentos de apresentação obrigatória enunciados no artigo 57.º do CCP;
- b) os documentos são obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa (artigo 58.º do CCP);
- c) A proposta só se considera eficaz quando é submetida através de uma

plataforma electrónica, por transmissão escrita e electrónica de dados (artigo 62.º do CCP, Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho e Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho);

- d) O prazo de duração da proposta não é fixado pelo concorrente, é fixado no programa de procedimento; aplica-se, supletivamente, o prazo de 66 dias contados da data do termo do prazo fixado para a apresentação de propostas (artigo 65.º do CCP);
- e) Os concorrentes podem retirar, isto é revogar, as propostas que tenham apresentado até ao termo do prazo fixado para a apresentação;
- f) As propostas podem ser modificadas posteriormente à sua apresentação e abertura em sub-procedimentos de leilão ou negociação, que dão origem à apresentação de versões definitivas.

Pela análise deste regime, verifica-se que a proposta apresentada pelos concorrentes consubstancia uma declaração negocial elaborada para ser aceite pela entidade adjudicante, mas o acto de aceitação, a adjudicação, não conforma de imediato a relação contratual, antes constitui um especial dever de contratar¹¹⁷ que se impõe na esfera jurídica do concorrente adjudicatário e da entidade adjudicante.

Efectivamente, a aceitação da proposta não determina *ipso iure* a consolidação da relação contratual, porquanto mesmo após a adjudicação, poderão ser introduzidos ajustamentos na minuta do contrato e em casos relevantes a eficácia financeira do contrato fica, inclusivamente, condicionada à emissão de visto ou declaração de conformidade do Tribunal de Contas.

A declaração negocial não perde, por estes motivos, a natureza de proposta, o que sucede é que o regime de aceitação, por motivos relacionados com o contexto jurídico das entidades adjudicantes, nomeadamente a vinculação dos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público e da transparência, implica o cumprimento de formalidades que criam algum distanciamento temporal entre o acto de adjudicação e o início da execução do contrato.

¹¹⁷ A propósito deste tema, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL enuncia “*uma figura próxima do contrato promessa*” para descrever a situação emergente da adjudicação de uma proposta, em que ambos os envolvidos estariam obrigados a contratar, nos termos definidos no caderno de encargos e da proposta (*O concurso público nos contratos administrativos*, página 228). Esta aparente similitude suscita algumas reservas, que assentam na impossibilidade legal de antecipar o regime do contrato prometido para o período da promessa. Existirá um especial dever de outorgar o contrato, bem como responsabilidade civil extra-contratual se tal dever for violado. Mas, em termos substantivos, não poderemos mencionar a existência de contrato-promessa, pois os efeitos obrigacionais só se iniciam com o início da execução contratual.

9.2. Conteúdo da proposta

A adesão ao caderno de encargos limita muito a elasticidade do conteúdo da proposta porque só poderá divergir daquela peça concursal nos aspectos expressamente submetidos à concorrência pela entidade adjudicante.

Aos concorrentes exige-se a subscrição e apresentação de uma declaração negocial, previamente definida no Anexo I ao CCP, que contém a obrigação de executar o contrato em conformidade com o caderno de encargos, a aceitação, sem reservas, do seu conteúdo, a renúncia a foro especial e a aceitação da legislação portuguesa como regime subsidiariamente aplicável.

Deste modo, a autonomia privada do concorrente apenas contempla a liberdade de criação na parte da proposta que identifica os seus atributos, isto é os elementos ou características que digam respeito a um aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos (artigo 56.º, n.º 2), bem como na liberdade de vinculação à outorga de um contrato público¹¹⁸.

Assim, a proposta do CCP segue um regime próximo da “*request for proposal*”, figura generalizada no direito anglo-saxónico para denominar práticas contratuais em que o comprador especifica pormenorizadamente o objecto do contrato a assinar, limitando-se o fornecedor a aceitar a proposta, com modificações muito reduzidas.

9.3. Elementos que instruem a proposta

O conteúdo da proposta passa a ser tendencialmente vinculativo para o concorrente, porque nos procedimentos com fase de negociação ou leilão a proposta pode ser revista.

O artigo 57.º do CCP estipula que a proposta é constituída pelos seguintes documentos:

- a) Declaração do concorrente de aceitação do caderno de encargos (elaborada em conformidade com o modelo constante do anexo I);
- b) Documentos que contêm os **atributos**, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar;
- c) Documentos eventualmente exigidos pelo programa do procedimento que contenham os termos ou condições aos quais a entidade adjudicante pretende vincular o concorrente;
- d) Documentos que contenham os esclarecimentos justificativos da

¹¹⁸ Sobre a autonomia privada, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, Volume II, Coimbra Editora, 1999, páginas 77 e 78.

apresentação de um **preço anormalmente baixo** (quando esse preço resulte, directa ou indirectamente, das peças do procedimento – nos termos do n.º 1 do artigo 71.º do CCP).

A estes documentos acrescem os referidos no n.º 2 do artigo 57.º quando o contrato em causa seja de empreitada ou de concessão de obras públicas (lista dos preços unitários; plano de trabalhos; e estudo prévio, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 43.º do CCP).

Em relação à legislação anterior, deixa de existir a distinção entre **documentos que instruem a proposta** e **documentos que a acompanham** (serviam para habilitar o concorrente).

De facto, um dos traços de inovação mais salientes do CCP é o tratamento conferido aos documentos de habilitação, que só são apresentados por um dos concorrentes (o adjudicatário) em caso de adjudicação, em momento posterior à abertura e análise das propostas.

Os documentos de qualificação apenas continuam a ser solicitados a todos os interessados nos procedimentos que integram uma prévia qualificação dos concorrentes, ou seja o concurso limitado, o procedimento de negociação e o dialogo concorrencial.

O que realmente importa reter é que, com excepção dos procedimentos que qualificam os concorrentes, no CCP os concorrentes apenas devem submeter os documentos que constituem a proposta.

Em acréscimo a estes documentos, podem os concorrentes constituir a proposta com quaisquer outros documentos que considerem relevantes para explicar os respectivos atributos (artigo 57.º, n.º 3 do CCP).

9.4. Proposta variante

Expusemos nos parágrafos antecedentes que o CCP privilegia a recepção, por parte das entidades adjudicantes, de declarações de aceitação restritivas da autonomia privada dos concorrentes.

As propostas variantes contêm um desvio relativamente a este regime, porque contêm condições contratuais alternativas ao estabelecido no caderno de encargos. Essencialmente, a **proposta variante** diverge da **proposta base** ao contemplar termos ou condições diferentes dos parâmetros definidos pela entidade adjudicante para executar o contrato público em formação (artigo 59.º, n.º 1 do CCP).

Consequentemente, a admissibilidade da apresentação de propostas variantes

é limitada. Os concorrentes apenas as podem apresentar quando as entidades adjudicantes expressamente o admitam nas peças do procedimento.

Ainda assim, quando seja admitida a apresentação de propostas variantes os concorrentes são obrigados apresentar uma **proposta base** (n.º 2 do artigo 59.º do CCP). Estabelece-se portanto uma relação indissociável entre a **proposta base** e a **variante**, o que se reflecte também na solução que determina que a exclusão da proposta base determina a exclusão da proposta variante.

Para poder diferenciar o mérito das propostas base e das propostas variantes, os aspectos do caderno de encargos relativamente aos quais estas sejam admitidas devem corresponder a factores ou subfactores de densificação do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa (n.º 5 do artigo 59.º do CCP).

9.5. Suporte de apresentação das propostas

Como vimos, no ponto 2 *supra* (suporte electrónico da contratação), os documentos que constituem as propostas deixam de ser apresentados em suporte de papel e passam a ser enviados para o portal das compras públicas, ou para a plataforma electrónica da entidade adjudicante, através de transmissão electrónica de dados.

Após a conclusão do procedimento de submissão de proposta, o proponente receberá um recibo electrónico, confirmando a boa recepção.

Até 31 de Outubro de 2009 (data limite do período transitório)¹¹⁹ as entidades adjudicantes podiam estabelecer nas peças concursais relevantes que os documentos que constituíssem as propostas ou candidaturas fossem apresentados em suporte de papel (artigos 9.º a 13 do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro).

Neste regime transitório, as notificações dos procedimentos adjudicatórios que, em regra, devem ser feitas através de meios de transmissão escrita e electrónica de dados, podiam ser efectuadas através de correio ou de telecópia.

Perante esta hipótese os concorrentes deviam apresentar os documentos que constituíam as propostas nos moldes tradicionais, ou seja, encerrados em invólucro opaco e fechado no rosto do qual deve ser escrita a palavra “Proposta” ou “Candidatura”, consoante o caso, indicando-se o nome ou a denominação social do concorrente ou do candidato ou, se for o caso, dos membros do agrupamento

¹¹⁹ Esta data corresponde a uma prorrogação, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, do termo do período transitório inicialmente previsto, que deveria ter ocorrido a 29 de Julho de 2009.

concorrente ou candidato, e a designação do contrato a celebrar.

Nos procedimentos organizados de acordo com este regime transitório mantinha-se a obrigatoriedade de realizar um **acto público**, com um âmbito bastante mais limitado que o consagrado na legislação revogada, que teria lugar no dia útil imediatamente subsequente ao final do prazo fixado para a entrega de documentos (propostas ou candidaturas). Este acto público apenas permitia que os representantes dos concorrentes ou candidatos reclamassem da lista de concorrentes ou candidatos (artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro). Não se procedia ao exame formal dos documentos recebidos, nem se permitia a apresentação de reclamações sobre outros aspectos dos procedimentos.

Ou seja, o legislador apesar de ter prolongado a existência de um acto público esvaziou-o dos seus conteúdos essenciais, questionando-se o motivo desta lacónica solução, que poderia ser substituída pela divulgação da lista das candidaturas/propostas recebidas. Os interessados que se considerassem lesados poderiam na mesma reclamar sobre a sua não inclusão na referida lista e apresentar prova bastante da entrega dos documentos; evitava-se a *cena* descrita no n.º 5 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

9.6. Prazos de apresentação de propostas

O prazo para apresentação das propostas, após o envio do anúncio para publicação, é fixado pela entidade adjudicante, com respeito pelos limites mínimos previstos na lei para cada um dos procedimentos contratuais:

- a) Concurso público urgente (artigo 157.º do CCP) – 24 horas (entre dias úteis);
- b) Concurso público
 - i. Publicação no DR (artigo 135.º do CCP) – 9 dias, ou 20 dias para empreitadas de obras públicas (com possibilidade de redução até 11 dias para obras de menor complexidade)
 - ii. Publicação no JOUE (artigo 136.º do CCP) – 47 dias; 36 dias, se tiver sido feita a publicação do anúncio periódico indicativo; 22 dias, se tiver sido feita a publicação deste anúncio com a antecedência mínima de 52 dias e máxima de 12 meses em relação à data de envio do anúncio do procedimento;
- c) Concurso limitado por prévia qualificação
 - i. Candidatura - Publicação do DR (artigo 173.º do CCP) – 9 dias;

publicação no JOUE (artigo 174.º do CCP) – 37 dias, ou 52 dias para contratos de concessão de obras públicas;

- ii. Convite à apresentação de propostas – procedimento com publicidade no DR (artigo 190.º do CCP) - 9 dias para locação, aquisição de bens móveis, ou aquisição de serviços; 20 dias para empreitadas de obras públicas, ou 11 dias para obras simples; procedimento com publicidade no JOUE (artigo 191.º do CCP) – 35 dias como regra geral; 36 dias, com possibilidade de redução para 22 dias, se tiver sido publicado anúncio de pré-informação com a antecedência mínima de 52 dias e máxima de 12 meses em relação à data de envio do anúncio do procedimento; nos sectores especiais o prazo de apresentação de propostas pode ser reduzido para 19 dias;
- d) Procedimento por negociação
- i. Publicação no DR e no JOUE (artigos 197.º e 198.º do CCP) – 37 dias;
- e) Diálogo concorrencial - Publicação do DR e JOUE (artigos 208.º e 209.º do CCP)
- i. Candidaturas – regime igual ao concurso limitado por prévia qualificação;
 - ii. Convite à apresentação de propostas – 40 dias após o envio do convite.

Nos procedimentos com publicidade internacional, aos prazos referidos podem subtrair-se sete dias se os anúncios forem enviados através dos meios electrónicos específicos do SIMAP (n.º 3 do artigo 136.º e n.º 3 do artigo 174.º do CCP).

Não havendo limites máximos devem as entidades adjudicantes fixá-los tendo em consideração os princípios da proporcionalidade (adequação entre a complexidade dos aspectos que vão ser submetidos à concorrência e o prazo de resposta disponibilizado aos concorrentes) e da igualdade (prevenir que um dos concorrentes fique em posição privilegiada face à restante concorrência).

Além da valoração destes princípios, a entidade adjudicante deve considerar a eventual necessidade de visitas e inspecções prévias ao local de execução do contrato (artigo 63.º do CCP).

Além do prazo fixado inicialmente nas peças de procedimento, o CCP prevê sua a prorrogação em determinadas situações, que se dividem quanto aos motivos que as originam.

Assim, por motivos imputáveis à entidade adjudicante, o prazo de apresentação de propostas deve ser prorrogado quando se verificarem atrasos na divulgação de

rectificações ou esclarecimentos, sendo o período da prorrogação equivalente ao do atraso verificado.

Em sentido semelhante, quando se justificar a introdução de aspectos fundamentais das peças do procedimento, devido a rectificações ou decisão sobre erros e omissões, o prazo de apresentação de propostas deve ser prorrogado por período equivalente ao que tiver decorrido até à divulgação das alterações introduzidas (artigo 64.º, n.ºs 1 e 2 do CCP).

Por outros motivos, fundamentados, relacionados com a preparação da proposta por parte dos interessados que tenham adquirido as peças do procedimento, pode ser prorrogado o prazo pelo período que se demonstrar ser adequado, o qual aproveita a todos os interessados (artigo 64.º, n.º 3).

9.7. Consulta das propostas

Foram, substancialmente, alterados os termos em que as propostas podem ser consultadas pelos concorrentes. De um modelo em que esses documentos eram facultados para consulta, por um período limitado, durante o acto público, evoluiu-se para uma solução em que após a disponibilização das propostas na plataforma electrónica, as mesmas podem ser livremente consultadas pelos concorrentes (artigo 138.º, n.º 2 e 177.º, n.º 2 do CCP), por um prazo que se deve manter pelo menos até à data em que for concluído o procedimento, após o decurso do prazo para a decisão do recurso facultativo de qualquer acto destacável do procedimento.

Este entendimento não preclude o dever de a entidade adjudicante preservar pelo período de quatro anos tais documentos, assim como o software que permita a sua leitura (artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho e artigo 107.º do CCP).

Este acesso, amplo, à documentação do concurso, suscita questões que exigem ponderação.

Os documentos que constituem as propostas podem conter dados importantes sobre a organização do proponente, os seus procedimentos estratégicos, as suas políticas comerciais, os seus produtos, em suma podem conter informação determinante e justificativa do seu posicionamento no mercado.

Além desta informação relativa ao desempenho competitivo, a informação das propostas pode conter dados protegidos por propriedade intelectual.

Para conciliar os interesses relativos à transparência do procedimento adjudicatório e da tutela dos direitos dos concorrentes, o CCP prevê a possibilidade de

os documentos serem classificados, por motivos de segredo comercial, industrial, militar ou outros, desde que os concorrentes o requeiram até ao termo do primeiro terço do prazo de apresentação de propostas (artigo 66.º, n.º 1 do CCP).

Uma vez apresentado o requerimento de classificação, a entidade adjudicante deve decidir sobre o mesmo e notificar os interessados até ao final do segundo terço do prazo para apresentação de propostas.

Esta decisão deve ser especialmente ponderada e fundamentada tendo em consideração o regime jurídico que regula o acesso aos documentos administrativos, aprovado pela Lei n.º 163/2007, de 24 de Agosto.

Estão submetidos a este diploma praticamente todas as entidades adjudicantes, como se infere do seu artigo 4.º.

Apesar de o CCP não ter demarcado expressamente os limites da decisão sobre a classificação de documentos, verifica-se que de acordo com o n.º 6 do artigo 6.º da Lei n.º 163/2007, de 24 de Agosto, o acesso aos documentos que contenham segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa, depende da verificação dos seguintes requisitos cumulativos:

- a) autorização escrita do titular dos dados;
- b) demonstração de interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante, aferido segundo o princípio da proporcionalidade.

Ou seja, até pela vinculação ao Princípio da Legalidade, a entidade adjudicante deve fundamentar expressamente a sua decisão, ponderando a verificação dos requisitos enunciados.

Esta matéria pela sensibilidade supra referida, pelos potenciais danos que pode gerar na esfera jurídica dos concorrentes, incluindo **danos morais**¹²⁰, é susceptível de gerar responsabilidade civil extracontratual para as entidades adjudicantes. Para o efeito a lei considera suficiente que o acto ilícito seja cometido com culpa leve pelos titulares dos órgãos, funcionários e agentes; se a imputação de responsabilidade for a título de dolo, ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que os sujeitos se encontravam obrigados pelo cargo exercido, haverá lugar a responsabilidade solidária entre os referidos responsáveis e a entidade adjudicante, sendo obrigatório o exercício do **direito de regresso** (artigos 6.º a 8.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro).

Esta incursão nos domínios da responsabilidade civil administrativa justifica-se

¹²⁰ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, página 30.

pela necessidade de alertar os decisores para os efeitos decorrentes de uma decisão ilícita, porventura não ponderada, sobre a classificação de documentos e para a situação de risco emergente. Com efeito, a não autorização da classificação dos documentos determina a sua plena disponibilização, podendo, em alternativa, a entidade adjudicante classificar parcialmente os documentos.

O juízo de proporcionalidade que se impõe recomenda uma especial fundamentação do acto.

10. Análise das propostas e adjudicação

10.1. Obtenção de esclarecimentos sobre as propostas

Preliminarmente, importa sublinhar que a actividade de avaliação de propostas pode suscitar dúvidas no órgão avaliador (na maioria das vezes o júri) quando se confronta com conteúdos técnicos.

Para diminuir as probabilidades de ocorrência de erros manifestos que são objecto de controlo pelos tribunais, permite-se que o júri solicite esclarecimentos aos concorrentes sobre as propostas que estes apresentaram (artigo 72.º do CCP).

O conteúdo dos esclarecimentos integra-se nas propostas, formando o conjunto das declarações negociais a vontade actualizada do concorrente.

Salvaguardando o cumprimento de princípios da transparência, igualdade e imparcialidade, não serão considerados os esclarecimentos que contrariem, alterem os documentos que constituem as propostas, ou sejam prestados para suprir omissões que fundamentariam a sua exclusão.

A fim de assegurar o adequado controlo da admissibilidade dos esclarecimentos pelos outros concorrentes, deverão os mesmos ser disponibilizados pela entidade adjudicante na plataforma electrónica e simultaneamente deverá proceder-se à notificação dos demais concorrentes (n.º 2 do artigo 12.º da Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho).

10.2. Avaliação de propostas e discricionariedade

A actividade de análise de propostas não é, por natureza, uma actividade plenamente discricionária.

Dirige-se à prática do acto de adjudicação, em função de um critério pré-determinado e visa, essencialmente, a prossecução do interesse público.

Aliás, não existe na actividade de análise de propostas a possibilidade de

determinar, livremente, o conteúdo do acto de adjudicação perante várias alternativas legalmente possíveis (as propostas a concurso).

Bem pelo contrário, os aspectos que caracterizam a discricionariedade administrativa não se concretizam integralmente neste domínio, porque a lei parametriza, de forma vinculada, a actividade do júri em que se poderia revelar a discricionariedade:

- a) Tempo e oportunidade da prática de determinados actos;
- b) existência de pressupostos de facto, sobre a forma como se exerce o poder de análise e as formalidades a que o mesmo está adstrito;
- c) dever de fundamentar as deliberações e, como vimos acima, restringe o conteúdo dessa mesma actividade.

Existem, apesar de tudo, conteúdos similares ao exercício do poder discricionário, que motivam DIOGO FREITAS DO AMARAL a qualificar esta actividade de análise de propostas como *discricionariedade imprópria*, oferecendo como exemplo “*a classificação de propostas em concursos públicos para adjudicação de contratos*”¹²¹.

O júri quando toma deliberações baseadas em critérios de justiça material e, porque se baseia na justiça para agir, não pode escolher livremente a solução que considera mais conveniente.

Bem pelo contrário, o júri deve encontrar a única solução admissível, aquela que decorre da aplicação conjugada de critérios de justiça absoluta (posicionamento da proposta face aos requisitos técnicos e jurídicos do procedimento adjudicatório) e relativa (posicionamento das várias propostas dos concorrentes quando comparadas entre si).

Opinião, moderadamente, diferente sustenta SÉRVULO CORREIA, quando considera que a actividade de escolha do contraente é uma decisão que envolve, consoante os casos, graus diferentes de discricionariedade e vinculação, resultando a vinculação, na maioria dos casos, do procedimento adjudicatório.

Este insigne autor sustenta que previamente à adjudicação, a administração exerce simultaneamente uma margem de livre apreciação quanto a conceitos que requerem um juízo de valoração e discricionariedade de escolha, em que a autonomia de decisão quanto ao efeito de direito se plasma na escolha do contraente¹²².

Apesar deste entendimento, verifica-se uma convergência na doutrina reproduzida, quando SÉRVULO CORREIA proclama que “*...a autonomia fruída pela*

¹²¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, Lisboa, 1988, página 182.

¹²² JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, páginas 690 e seguintes.

Administração na emissão de uma adjudicação não automática queda-se nos confins da discricionariedade. Ao escolher entre as propostas dos pretendentes ou co-contratantes, o órgão competente dispõe de uma directiva finalística precisa: o fim do contrato, ditado pela lei (...) ou escolhido no momento da decisão ou deliberação de contratar”.

Por este motivo o juízo valorativo é contenciosamente sindicável, na parte em que se reporta à submissão ao fim do contrato e à observância dos princípios da proporcionalidade e da imparcialidade.

Do confronto de opiniões destes Professores Catedráticos, inclinamo-nos para a aceitação dos ensinamentos de DIOGO FREITAS DO AMARAL.

Consideramos, especialmente, pertinente a consideração da inexistência de uma liberdade de opção entre várias alternativas, em detrimento da configuração do acto de adjudicação e do procedimento que o antecede como actividades legalmente vinculadas à aplicação de critérios de justiça na escolha do adjudicatário.

Existirão, inevitavelmente, zonas de liberdade de apreciação perante soluções técnicas que satisfaçam com iguais propriedades a necessidade colectiva em causa.

Contudo, a generalização da selecção do critério de adjudicação ***proposta economicamente mais vantajosa*** nos procedimentos em que mais se destaca a importância da análise de propostas, determina que tal liberdade será sempre instrumental e exercida de forma subordinada à prossecução do princípio de interesse público que legitima a actividade contratual.

Esta limitação decorre desde logo da fixação do critério e factores de adjudicação, os quais devem ser definidos em função do objecto do contrato. A liberdade da entidade adjudicante fixar factores de avaliação das propostas cede perante *“os limites impostos pela disciplina comunitária específica e pelos princípios comunitários, que também devem ser respeitados”*¹²³.

Deste modo, a entidade adjudicante enfrenta uma dupla vinculação: deve estabelecer os factores e subfactores em que se decompõe o critério de adjudicação à luz dos princípios comunitários e princípios gerais da actividade administrativa; deve auto-vincular-se na fase de análise de propostas ao modelo previamente definido.

Esta dupla vinculação encontra-se consagrada na jurisprudência comunitária: a entidade adjudicante deve, com efeito, poder apreciar as propostas apresentadas e tomar uma decisão com base em critérios qualitativos e quantitativos variáveis

¹²³ CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007, página 551.

consoante o concurso em questão, mas um critério de adjudicação que tivesse como resultado conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional na adjudicação do concurso a um proponente seria incompatível com o artigo 36.º, n.º 1, alínea a), da Directiva n.º 92/50/CEE¹²⁴.

Constata-se que o CCP, como adiante veremos, evolui no sentido de cercear a liberdade da entidade adjudicante na escolha do co-contratante, porque regula com conteúdos injuntivos, nos artigos 70.º, 74.º, 75.º e 139.º do CCP, os termos a que obedecem a análise das propostas, a selecção do critério de adjudicação, os factores e subfactores que o densificam, bem como o modelo de avaliação.

Alguns autores não jurídicos referem mesmo que, quer o texto das Directivas, quer o texto da lei, importam princípios da Teoria da Decisão, entendimento que disciplinaria, ainda mais, a actividade de análise de propostas. Teoriza LUIS VALADARES TAVARES que *“sempre que se adopte o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, há que estabelecer um “modelo de avaliação de propostas” o qual se baseia na obtenção da “pontuação global” de cada proposta pela soma ponderada das suas pontuações parciais relativas aos factores e sub-factores elementares estabelecidos...”* e que tais exigências resultarão na adopção do **modelo multicritério aditivo**¹²⁵.

Este Autor estabelece uma equivalência terminológica entre a sua Teoria da Decisão e as normas do CCP relativas à análise de propostas, concluindo pela imposição do referido modelo nos procedimentos adjudicatórios.

Ora, em jeito de balanço, não podemos aderir, pelos motivos expostos, a teorias assentes na discricionariedade total na avaliação de propostas.

Mas, também não podemos aceitar a exclusividade na adopção de modelos científicos que regulariam *in integrum* a actividade valorativa do júri, mas que lei não acolheu expressamente.

Efectivamente, o que a lei acolhe é a prática adjudicatória seguida ao abrigo do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março e do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho (artigo 55.º deste diploma), aprimorada pela produção jurisprudencial, acrescida da renovada valorização dos princípios da transparência, da proporcionalidade, da igualdade e da imparcialidade, que estão reflectidos nos n.º 1 e 2 do artigo 75.º, na alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º e no artigo 139.º do CCP.

¹²⁴ Acórdão “Concórdia”, de 17 de Setembro de 2002, Processo n.º C-513/99.

¹²⁵ LUIS VALADARES TAVARES, *A gestão das aquisições públicas*, Lisboa, 2008, OPET, páginas 162 e 163.

E já antes destas clarificações legislativas, as entidades adjudicantes estavam vinculadas, pelo **Princípio do Interesse Público**, a ponderar a **Função-Valor**, que nos transmite a relação entre valor e usufruição de bem ou serviço¹²⁶, bem como a explicitar, ao abrigo do dever de fundamentação, as bases lógicas do seu entendimento.

Por estes motivos, reveladores de parâmetros de decisão que devem ser cumpridos, consideramos mais apropriado falar de **discricionariedade imprópria** para qualificar a análise de propostas, salientando que o procedimento adjudicatório é, acima de tudo, uma garantia dos particulares, inspirada na obtenção da melhor proposta para o interesse público.

10.3. Aspectos vinculativos na avaliação de propostas

Questão diferente é a que determina o controlo da decisão baseada na actividade de avaliação de propostas. Estamos perante um juízo de mérito sobre o exercício do poder executivo, que é totalmente subtraído ao controlo dos tribunais?

A consciência jurídica e cívica de uma pessoa normal seria chocada com uma resposta absolutamente afirmativa. A existência de um Estado de Direito pressupõe uma clara separação de poderes legislativo, executivo e judicial, mas também confere cada vez mais vias de controlo do exercício do poder executivo, precisamente para prevenir o abuso da discricionariedade, ou a confusão desta figura com a arbitrariedade.

Ora, conciliando os interesses em presença, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo reconhece a **discricionariedade** do exercício de avaliação de propostas, considera-a contenciosamente insindicável, excepto nos casos em que se verifique um **erro grosseiro ou manifesto**, ou se violem os princípios gerais que enformam o procedimento concursal, designadamente os da legalidade, da justiça, da proporcionalidade e da imparcialidade.

Deste modo, os poderes de controlo do Tribunal incidem sobre legalidade externa do acto, o erro grosseiro ou manifesto e/o desrespeito dos princípios gerais reguladores da actividade administrativa¹²⁷.

Entende este Tribunal que erro grosseiro ou manifesto “é um erro crasso, palmar, ostensivo, que terá necessariamente de reflectir um evidente e grave

¹²⁶ LUÍS VALADARES TAVARES, *A Teoria da Decisão*, 2007.

¹²⁷ Acórdãos do STA, do Pleno de 14 de Janeiro de 1999 (processo n.º 33942) e de 1 de Setembro de 2004 (processo n.º 888/04) e das Subsecções de 28 de Julho de 2004 (processo n.º 1977/03) e de 10 de Maio de 2006 (processo n.º 636/05).

*desajustamento da decisão administrativa perante a situação concreta, em termos de merecer do ordenamento jurídico uma censura particular mesmo em áreas de actuação não vinculadas*¹²⁸.

Partindo para a concretização prática destas orientações, constatamos que a avaliação de propostas foi e continua a ser o ponto crucial do procedimento adjudicatário, corresponde ao que será, provavelmente, o acto mais vigiado pela concorrência, aquele em que se exige mais rigor e coerência na fundamentação.

Fez escola, pelo seu pragmatismo, o entendimento de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA sobre os momentos juridicamente vinculados do juízo classificatório¹²⁹.

Estes autores identificam directivas a seguir na avaliação de propostas, que correspondem a um *salvo-conduto* no perigoso itinerário que começa com a abertura de propostas e termina na notificação do relatório de análise.

Advertiam estes autores que a apreciação e classificação das propostas se reporta a todos e somente a todos os factores que integravam o critério de adjudicação. Esta premissa implica que quaisquer factores enunciados devem interferir na avaliação e que nenhum outro pode ser criado ou invocado após a recepção das propostas¹³⁰.

A incidência destes elementos de análise em toda a proposta é vinculativa, não poderão determinados conteúdos ser omitidos, assim como não poderão ser utilizadas informações que não constem das propostas. Exige-se coerência na apreciação das propostas e na sua consequente pontuação, sendo inadmissível que um juízo especialmente crítico de uma proposta corresponda a uma pontuação nivelada com uma outra proposta que tenha merecido tratamento mais favorável.

¹²⁸ Acórdão do STA, de 11 de Maio de 2005 (processo n.º 330/05).

¹²⁹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, páginas 502 e seguintes.

¹³⁰ A jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo repetidamente afirmou que os critérios fixados no Programa do Concurso não podem ser alterados pelo livre arbítrio do Júri, visto a competência deste se restringir à densificação ou desenvolvimento dos critérios que aquele previamente fixou, não podendo ir para além deles, sendo-lhe vedado introduzir novos critérios ou criar subcritérios que excedam os já estabelecidos ou que constituam um desenvolvimento não previsto e inovador dos fixados no Programa do Concurso. Só assim será possível defender convenientemente o interesse público e conceder tratamento igualitário, transparente e imparcial a todos os concorrentes (Acórdão do Pleno de 13 de Outubro de 2004 (processo n.º 48.079) e da Secção de 11 de Fevereiro de 1999 (processo n.º 44.508), de 11 de Janeiro de 2000 (processo n.º 44.705), de 6 de Abril de 2000 (processo n.º 45.968), de 2 de Agosto de 2000 (processo n.º 46.110), de 2 de Fevereiro de 2005 (processo n.º 1.541/03)).

Estas preocupações intensificavam-se face à necessidade de adopção de uma metodologia de classificação em convivessem elementos quantitativos e elementos qualitativos.

A utilização exclusiva de ambos traduzir-se-ia sempre numa avaliação insuficiente, quer porque o elemento quantitativo nem sempre é possível de ser utilizado (como avaliar a criação artística com base num critério quantitativo?), nem o elemento qualitativo poderá assegurar a continuidade numérica numa escala (se 5 corresponde a excelente e 4 a bom, qual será a avaliação de uma proposta que se situe entre bom e excelente?).

Estas dificuldades só podiam ser ultrapassadas com sólidas fundamentações jurídicas da fixação da metodologia de avaliação e da subsequente avaliação das propostas com base nesse método.

10.4. Selecção do critério de adjudicação e avaliação

O regime do CCP, na parte relativa à análise e avaliação de propostas, seguiu a orientação jurisprudencial e doutrinária supra referidas.

O CCP continua a prever a **proposta economicamente mais vantajosa** e o **preço mais baixo** como únicos critérios de adjudicação admissíveis. Este último critério tem a vantagem de permitir uma actividade de avaliação mais simples, reduzida à comparação quantitativa dos preços das várias propostas, mas só pode ser adoptado quando o caderno de encargos fixar todos os aspectos do contrato, admitindo alterações nas propostas da concorrência apenas quanto ao preço (n.º 3 do artigo 74.º do CCP).

O critério **proposta economicamente mais vantajosa** carece de ser decomposto em **factores e subfactores de adjudicação**.

Usualmente são utilizados como factores relevantes a qualidade da proposta, o preço, o prazo, a assistência técnica após o fornecimento, entre outros possíveis¹³¹. Os subfactores serão decomposições que permitirão evidenciar por comparação certos aspectos das propostas, ao nível mais elementar, que justificam uma diferenciação em termos de justiça relativa.

As regras para a identificação e utilização dos factores e subfactores são identificadas no artigo 75.º do CCP. Este preceito esclarece que devem abranger todos

¹³¹ O artigo 53.º da Directiva n.º 2004/18/CE prevê, na alínea a) do n.º 1, os seguintes critérios, que à luz do CCP se interpretam como factores de adjudicação: qualidade, preço, valor técnico, características estéticas e funcionais, características ambientais, custo de utilização, rentibilidade, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega e prazo de entrega ou de execução.

os aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência, e apenas estes, o que já vinha sendo defendido doutrinariamente, por concretização de princípios gerais da actividade administrativa¹³².

Seguindo uma regra acolhida no Decreto-lei n.º 59/99, de 2 de Março, o CCP impede que os factores e subfactores de adjudicação se relacionem com as situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes.

Esta regra, alicerçada na jurisprudência comunitária¹³³, é válida para contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços. Não abrange, entre outros, contratos de sociedade ou financiamento.

O cumprimento deste preceito determina que sempre que o decisor considere relevantes os aspectos subjectivos distintivos da concorrência deve recorrer a um procedimento adjudicatório que contenha uma fase de prévia qualificação (curso limitado por prévia qualificação ou procedimento por negociação), porque se considera, justamente, que em determinados contratos o objecto contratual deve ser o único factor de diferenciação, o que certamente aumentará as oportunidades para pequenas e médias empresas nos mercados públicos.

10.5. Modelo de avaliação

O critério *proposta economicamente mais vantajosa* implica um *modelo de avaliação* tendente a obter a pontuação global de cada proposta.

Metodologicamente, a actividade do avaliador divide-se em juízos de exclusão e juízos de avaliação.

Os primeiros destinam-se a apurar quais as propostas que devem ser, efectivamente, analisadas. Consequentemente, o júri deve propor a exclusão daquelas contenham motivos materiais de exclusão previstos no n.º 2 do artigo 70.º e/ou daquelas sobre as quais incide um dos motivos formais de exclusão previstos no n.º 2 do artigo 146.º. Recordamos que estamos perante a concretização da justiça absoluta que impede a manifestação sem limites da liberdade de apreciar uma proposta.

Neste juízo, está em causa a censura de situações relacionadas com a violação de parâmetros vinculativos do caderno de encargos e de normas legais imperativas.

Em conformidade deverão ser excluídas as propostas que:

¹³² MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*

¹³³ Acórdão Gesellschaft, de 19 de Junho de 2003 (processo n.º C-315/01), do Tribunal de Justiça das Comunidades.

- a) Não apresentem *atributos* necessários à boa execução do contrato – omissão na proposta de algum conteúdo relevante (atributo) submetido à concorrência pela entidade adjudicante;
- b) Que apresentem atributos ou condições que violem o caderno de encargos – reporta-se a outro tipo de violação do caderno de encargos, desta vez por acção, inserindo na proposta conteúdos que se subtraem ao regime contratual gizado pela entidade adjudicante;
- c) Que sejam impossíveis de avaliar devido à forma de apresentação de algum dos respectivos atributos – imputa-se aos concorrentes a responsabilidade de apresentação de propostas que se conformem com os conteúdos requeridos; a avaliação subjacente a este juízo afigura-se extremamente complexa e requer o recurso a elementos auxiliares de interpretação, tal como a identificação do que seja o padrão de percepção de uma pessoa normal colocada nas circunstâncias da entidade adjudicante;
- d) Que apresentem preço superior ao preço base – violação de um parâmetro essencial do caderno de encargos;
- e) Que apresentem preço anormalmente baixo – quando a entidade adjudicante tenha definido o parâmetro preço no caderno de encargos bastará demonstrar que o preço proposto é inferior a 40%, para os contratos de empreitada de obra pública, ou inferior a 50%, para os restantes contratos, para se indiciar que o preço é anormalmente baixo; este indício deve ser confirmado com a realização do sub-procedimento previsto no artigo 71.º, n.º 3, do CCP, no qual se prevê uma modalidade de audiência prévia¹³⁴, no âmbito da qual o concorrente sobre cuja proposta incide um juízo de exclusão poderá esclarecer os mecanismos de formação do preço e demonstrar que o preço proposto não fere regras de concorrência¹³⁵;
- f) Que impliquem a violação de normas legais ou regulamentares – Esta causa de exclusão contém o afloramento de um procedimento preventivo relativamente à ocorrência de invalidades que afectem os contratos públicos; a existência de uma proposta que contenha violações a regras

¹³⁴ Embora o legislador não identifique o prazo mínimo para a prestação destes esclarecimentos deverá ser respeitado o prazo de dez dias, por confronto com a norma prevista no n.º 1 do artigo 101.º do Código do Procedimento Administrativo.

¹³⁵ O n.º 4 do artigo 71.º do CCP contém uma enumeração exemplificativa das causas que podem ser apresentadas para justificar a formação do preço proposto.

legais ou regulamentares, caso fosse adjudicada, iria gerar a celebração de um contrato viciado, por invalidade própria do contrato (artigo 284.º do CCP);

- g) Que evidenciem actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência – habilita a entidade adjudicante a excluir uma proposta que contenha fortes indícios de condutas que falseiem as regras da concorrência.

10.6. Concorrência e avaliação de propostas

A complexidade do regime jurídico da concorrência motiva uma abordagem específica. Defende CLÁUDIA VIANA¹³⁶ que no âmbito da contratação pública o conceito de **concorrência** deve ser delimitado em função da concretização dos princípios da igualdade e das liberdades comunitárias, enquanto regras que vinculam os Estados-membros na sua relação com os particulares, reservando-se o regime substantivo do **direito da concorrência** para regras dirigidas às empresas.

Inclina-se esta Autora para uma completa subordinação do alcance do **direito da concorrência** aos referidos princípios e liberdades.

Este entendimento baseia-se na abundante jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades, citada nos seus *Princípios Comunitários*, bem como no texto das Directivas sobre contratação.

Acresce que o nosso CCP mantendo o alinhamento com este conceito de concorrência, que é sinónimo de (leal) competição entre concorrentes, veio introduzir uma norma que apela a uma reflexão interpretativa. Diz o artigo 70.º, n.º 2, alínea g) que “*serão excluídas as propostas cuja análise revele a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência*”. Seguindo o texto da lei verificamos uma intenção de censura e penalização de condutas unilaterais, ou bilaterais, dos concorrentes que se revelam contrárias ao regime substantivo da concorrência e não apenas à censura da competição ilícita, permitida por actos ou omissões das entidades adjudicantes, que afecte a igualdade de tratamento e as liberdades comunitárias.

As entidades adjudicantes passam a ser colaboradoras dos mecanismos de protecção da aplicação do regime substantivo da concorrência, deste modo se justificando que a exclusão de propostas, devido à apresentação de um preço anormalmente baixo ou a actos jurídicos lesivos da concorrência, seja acompanhada da

¹³⁶ *Os princípios comunitários...*, páginas 170 e seguintes.

comunicação imediata do acto à Autoridade da Concorrência e, no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas, igualmente ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P.¹³⁷ (n.º 3 do artigo 70.º do CCP).

Importa, igualmente, sublinhar que as entidades adjudicantes pela importância que têm na realização de despesa pública, não se podem demitir dos relevantes interesses subjacentes à estruturação de mercados conformes às regras da concorrência¹³⁸.

Neste contexto, consideramos que no âmbito da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, são possíveis várias manifestações de “*actos, acordos, práticas ou informações*, imputáveis aos concorrentes, nomeadamente as práticas proibidas, abuso de posição dominante e abuso de dependência económica (artigos 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho) que devem ser vigiadas pelo júri na fase de análise de propostas, com a consequente exclusão daquelas que revelarem fortes indícios¹³⁹ da ocorrência daquelas manifestações, *susceptíveis de falsear as regras de concorrência*”.

10.7. Atributos das propostas

Quando se proceda à avaliação das propostas, apenas podem ser considerados os **atributos** das mesmas. Do texto do artigo 75.º do CCP resulta uma correspondência entre os **atributos** e os **factores e/ou subfactores de adjudicação**, quando o critério de adjudicação seleccionado for o da proposta economicamente mais vantajosa, determinado uma análise obrigatoriamente integrada que resultará no apuramento da proposta melhor posicionada.

Por serem submetidos à concorrência, faz sentido que certos aspectos de

¹³⁷ O Instituto da Construção e do Imobiliário, em coordenação com a Autoridade da Concorrência, tem atribuições específicas no domínio da aplicação da lei da concorrência no sector da construção e do imobiliário, no respeito pelo princípio da económica de mercado e de livre concorrência [alínea m) do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 144/2007, de 27 de Abril], podendo, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 461.º instaurar e arquivar processos de aplicação de coimas e sanções acessórias, quando o procedimento vise a celebração de contratos de empreitada ou de concessão de obras públicas.

¹³⁸ ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES (*Direito Económico*, Almedina, 2001, páginas 224 e seguintes) salientam que existe o risco de o Estado ao intervir como comprador nos mercados provocar distorções de concorrência, fazendo uso da sua posição dominante na procura para proporcionar auxílios indevidos ou para fomentar políticas proteccionistas e formas de discriminação em relação a empresas estrangeiras. A transformação dos mercados nacionais em mercados comunitários reduz a capacidade de monitorização da economia pela Estado em prol da eficiência económica dos contratos públicos.

¹³⁹ A expressão “**fortes indícios**”, de utilização comum no processo penal, tem ínsita uma antecipação de juízo, baseada em elevada probabilidade de ocorrer a censura que se antecipa, sendo esta a base de aplicação de medidas de coacção, que são provisórias por natureza.

execução do contrato a celebrar sejam utilizados para avaliar as propostas, medir como se diferenciam entre si e como se hierarquizam em função da solução globalmente mais vantajosa para a entidade adjudicante.

E como não seria lógico que apenas alguns dos aspectos submetidos à concorrência fossem considerados na avaliação, pois todos eles contribuem para aferir o que é economicamente mais vantajoso, o CCP determina que todos esses aspectos sejam utilizados na metodologia de avaliação.

A definição de uma metodologia de avaliação, com os conteúdos definidos na alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º do CCP, deve acompanhar o programa de procedimento. Abandona-se uma prática tão pouco transparente quanto geradora de conflitos que consistia em permitir que o júri definisse os factores e subfactores de adjudicação durante o prazo de apresentação de propostas.

Cerceando a liberdade que possa existir na avaliação de propostas, o artigo 139.º do CCP identifica conteúdos vinculativos para a definição do modelo de avaliação. A definição compete à entidade que autoriza a contratação; logo, o júri perde a possibilidade que tinha, anteriormente, de interpretar a vontade da entidade adjudicante no que respeita à densificação do critério de adjudicação.

O primeiro conteúdo vinculativo a ter em conta na elaboração da metodologia de avaliação corresponde a uma constatação óbvia de qualquer procedimento de avaliação integrado: *“a pontuação global de cada proposta, expressa numericamente, corresponde ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada factor ou subfactor elementar, multiplicadas pelos valores dos respectivos coeficientes de ponderação”*. Com esta descrição o legislador exprime o seguinte significado: cada uma das pontuações obtidas em cada factor (exemplos: preço, prazo de execução, período de garantia) será multiplicada pelo valor percentual associado a cada um deles, sendo o produto destas multiplicações somado para determinar a pontuação global.

Até este ponto não temos qualquer novidade face aos regimes e práticas anteriores.

O segundo conteúdo vinculativo obriga a entidade adjudicante a elaborar, para cada factor e/ou subfactor, uma escala de pontuação, recorrendo, em alternativa, a uma expressão matemática ou ao conjunto ordenado dos diferentes atributos relacionados com o factor/subfactor em causa.

Ou seja, o legislador permite que na definição da escala de pontuação a entidade adjudicante descreva, antecipando, de que forma vai pontuar e diferenciar os atributos a propor pelos concorrentes, estabelecendo para o efeito descrições qualitativas possíveis às quais corresponderão diferentes pontuações quantitativas.

No momento da avaliação o avaliador compara o conteúdo da proposta com as diferentes descrições qualitativas e enquadra o atributo analisado numa delas (n.º 5 do artigo 139.º do CCP).

O terceiro conteúdo vinculativo veda a possibilidade de utilizar dados relacionados com os atributos das propostas a apresentar para construir partes do modelo de avaliação. Deixa de ser possível recorrer a uma forma de avaliar atributos quantitativos através da comparação entre o valor mais baixo ou mais alto proposto pela concorrência, com o valor da proposta em análise.

De ora em diante, a elaboração de fórmulas matemáticas para avaliar factores quantitativos deverá socorrer-se de outros parâmetros de referência, o que se poderá garantir com a utilização do parâmetro mínimo ou máximo do factor em causa.

Assim, para o parâmetro preço poderá ser induzida uma fórmula que utilize o preço base como nível de referência para medir o quanto as propostas se afastam em direcção ao resultado mais desejado que é a solução menos dispendiosa.

10.8. Antecipação da proposta no modelo de avaliação

O segundo conteúdo vinculativo merece uma abordagem crítica. Nesta matéria o legislador ultrapassou o conteúdo das Directivas de 2004 e vinculou os mercados públicos a adoptarem um modelo de avaliação que obriga a entidade adjudicante a ponderar previamente todos os atributos das propostas e as respectivas graduações detalhadas.

Esta opção suscita reservas pela assimetria de informação que possa existir entre as entidades adjudicantes e a concorrência relativamente aos dados específicos actualizados das condições de mercado.

Para preparar o lançamento de um procedimento as entidades adjudicantes confrontam-se com o dilema de antecipar um modelo de avaliação com a informação que dispõem, incorrendo em risco de deficiente percepção dos atributos do bem ou serviço a contratar, ou da incapacidade de avaliarem, em termos de justiça relativa, as propostas da forma mais correcta.

Este risco seria evitável se tivesse sido adoptado um modelo flexível que distinguisse as exigências do modelo de avaliação consoante a complexidade do objecto da contratação. Bem adverte MARGARIDA OLAZABAL CABRAL¹⁴⁰, ao referir que o CCP limita a inovação das propostas a formular, uma vez que as mesmas, para

¹⁴⁰ MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O concurso público no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, página 208.

almejem a adjudicação, terão de se “encaixar” nos atributos antecipados pelo modelo de avaliação que se baseiam num conhecimento da entidade adjudicante que pode estar desfasado das melhores práticas de mercado.

Seria preferível que o legislador tivesse sido mais plural na ponderação das diversas possibilidades e, em caso de dúvida, se tivesse socorrido dos princípios gerais da actividade administrativa e do direito, que sempre forneceram boa sustentação para o trabalho jurisprudencial desenvolvido em torno de conceitos indeterminados.

Seja como for, há algo que nos parece inevitável: o modelo adoptado irá gerar um resultado que não escapa ao dever de fundamentação, pois por muito científico que seja o invólucro do raciocínio de análise, “*as conclusões obtidas da avaliação das propostas devem ser fundamentadas*”¹⁴¹.

10.9. Adjudicação

Desde que não se verifique qualquer das causas de não adjudicação, previstas no n.º 1 do artigo 79.º do CCP, o acto de adjudicação é apresentado como juridicamente vinculado. Nestes termos, a entidade competente para autorizar a despesa tem um prazo máximo para a prática deste acto, que coincide com o prazo de obrigação de manutenção das propostas dos concorrentes (artigo 76.º/1 do CCP).

Note-se que é no decurso deste prazo que a notificação deve ser comunicada aos concorrentes. A explicação para esta solução encontra-se no Princípio da boa fé (tutela da confiança), protegendo as expectativas criadas junto do mercado e o investimento de recursos que estes fazem com a apresentação de uma proposta. No limite, qualquer concorrente pode intentar uma *acção administrativa especial de condenação à prática do acto legalmente devido* para assegurar a prática do acto de adjudicação.

Mas a tutela da confiança dos concorrentes é de tal forma reforçada que o CCP abre mesmo a hipótese de o adjudicatário poder recusar a adjudicação da proposta que apresentou, caso a notificação do acto ocorra após o termo do prazo de manutenção das propostas. Nestes casos o adjudicatário preserva o direito a uma indemnização pelo dano negativo, ficando a entidade adjudicante obrigada a indemnizá-lo pelos danos sofridos com a apresentação da proposta (artigo 76.º).

Iniciámos esta secção pela referência à possibilidade de o acto de adjudicação não ser vinculado devido à ocorrência de causas que legitimem a entidade que autorizou a despesa a não o praticar. Vejamos, então, o elenco dessas causas

¹⁴¹ LUIS VALADARES TAVARES, *A gestão das aquisições...*, página 185.

enunciado no artigo 79.º do CCP:

- a) Nenhum candidato se apresentou ou nenhum concorrente apresentou proposta – o procedimento fica automaticamente deserto;
- b) Todas as candidaturas ou todas as propostas foram excluídas – o procedimento deserto por motivos imputáveis à concorrência, designadamente por violarem normas do programa de procedimento, normas do caderno de encargos, ou normas legais;
- c) Por circunstâncias imprevistas, tornou-se necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas – esta causa de não adjudicação quando invocada pela entidade adjudicante, impõe um dever especial de fundamentação da decisão de não adjudicação; Deverão ser enunciados e justificados não apenas os motivos da imprevisibilidade das alterações verificadas, como a sua repercussão em aspectos fundamentais da contratação em curso¹⁴²;
- d) Ocorreram circunstâncias supervenientes ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, relativas aos pressupostos da decisão de contratar, que justificam a não adjudicação – Cautelas similares às referidas na alínea anterior deverão ser aplicadas a esta causa; além do preenchimento dos requisitos constantes das normas, deverão estar demonstrados os motivos de interesse público subjacentes à decisão;
- e) Em procedimento de ajuste directo em que só tenha sido convidada uma entidade e não tenha sido fixado preço base no caderno de encargos, o preço contratual derivado da proposta revela-se manifestamente desproporcionado – introduz-se um mecanismo de protecção da entidade adjudicante em situações que potenciam desequilíbrio negocial, ou mesmo abuso de posição dominante, por parte do fornecedor. A especificidade da invocação desta causa de adjudicação reside na necessidade de a entidade adjudicante promover uma análise comparativa das práticas de mercado, em termos de preço, para fornecimentos similares;
- f) No procedimento de diálogo concorrencial, nenhuma das soluções apresentadas satisfaça as necessidades e as exigências da entidade adjudicante.

¹⁴² É este o entendimento que se extrai da jurisprudência do Tribunal de Justiça (Acórdão “Comissão/Grécia” do Tribunal de Justiça, de 2 de Junho de 2005, Processo n.º C-394/02).

O primeiro aspecto a destacar é que esta enumeração é taxativa, não podem ser invocadas outras causas que legitimem a não conclusão do procedimento com uma decisão de adjudicação.

Um segundo ponto relevante reporta-se às alíneas a) e b), uma vez que a ocorrência destas situações permite que a entidade adjudicante inicie um procedimento de ajuste directo, com eventual consulta a apenas um interessado. Para beneficiar desta opção, prevista em ambas as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, a entidade competente para autorizar a despesa deve certificar-se da existência de um conjunto de pressupostos vinculativos:

- a) No caso previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 24.º (procedimento originariamente deserto);
- b) O procedimento adjudicatório deserto é um concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação;
- c) Nenhum candidato se apresentou a concurso ou nenhum concorrente apresentou proposta;
- d) O caderno de encargos e, se for o caso, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira não foram substancialmente alterados em relação aos do anterior concurso deserto;
- e) No caso da alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º (procedimento supervenientemente deserto):
- f) O procedimento adjudicatório deserto é um concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial;
- g) Todas as propostas apresentadas foram excluídas;
- h) O caderno de encargos não foi substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento.

Um último aspecto a salientar é que o elenco de causas de exclusão do n.º 2 do artigo 70.º, deve ser conjugado outros elencos de exclusões previstos no n.º 2 do artigo 146.º, n.º 2 do artigo 184.º e n.º 2 do artigo 212.º do CCP, que vincula o júri a formular propostas de exclusão por motivos específicos relativos aos procedimentos de ajuste directo (ex vi n.º 2 do artigo 122.º), concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento por negociação e diálogo concorrencial.

11. Formalidades posteriores à adjudicação

11.1. Notificação da adjudicação

Após a prática do acto de adjudicação a entidade adjudicante e o adjudicatário deverão cumprir um conjunto de formalidades prévias ao início da execução do contrato.

Este *iter* (final) do procedimento inicia-se com a notificação, simultânea, a todos os concorrentes do acto de adjudicação (artigo 77.º do CCP).

Regista-se neste ponto uma oportuna clarificação do regime legal: a decisão de adjudicação deve ser acompanhada do relatório final de análise de propostas. Recordamos que, ao abrigo da legislação sobre contratação pública revogada, assistiu-se a uma prática, censurável, de comunicar a adjudicação sem incluir na notificação o relatório elaborado pelo júri para propor a adjudicação.

Esta prática motivava fortíssimas dúvidas de legalidade, porquanto poderia argumentar-se que se estava perante uma falta de fundamentação susceptível de gerar o vício de forma, por falta de fundamentação.

11.2. Apresentação dos documentos de habilitação

Um dos concorrentes – o adjudicatário – é objecto de uma notificação especial, que inclui a obrigatoriedade de prestar caução, apresentar os documentos de habilitação e confirmar os compromissos de subcontratação, se existirem. A habilitação dos concorrentes após a adjudicação constitui uma novidade do CCP, articula-se com a supressão do acto público que era aproveitado pelos concorrentes para analisarem os documentos de habilitação da concorrência. Esta oportunidade passa a ficar circunscrita aos documentos de habilitação do adjudicatário¹⁴³.

Para o efeito, os concorrentes são notificados do momento em que tais documentos ficam disponíveis na plataforma electrónica que suporta o procedimento adjudicatário, podendo a partir desse momento aferir a sua correcção (artigo 85.º do

¹⁴³ No que diz respeito ao conteúdo da obrigação procedimental de apresentar os documentos de habilitação registam-se inovações práticas claramente perceptíveis para os concorrentes e significam, por certo, uma racionalização de recursos e contenção de custos na apresentação de propostas. Deixa de ser necessário cumprir o ritual de compilar e organizar na fase de preparação de propostas toda a documentação associada à identificação e demonstração de idoneidade dos concorrentes, que originava um ou mais volumes de papel, cuja razão de ser se esvaziava, na esmagadora maioria dos casos, numa análise formal durante uma dezena de minutos. Assistindo-se à reprodução mecânica desta actividade em todos os procedimentos em que os concorrentes participassem. Felizmente, chegou-se à solução do CCP, a apresentação e correcção dos documentos de habilitação passa a ser um requisito de eficácia do próprio acto de adjudicação.

CCP); a verificação da existência de um documento que contenha uma violação de normas legais ou regulamentares fundamenta uma impugnação do acto de adjudicação, que se for deferida poderá determinar a caducidade da adjudicação, com o consequente dever de adjudicar a proposta do concorrente posicionado em segundo lugar (n.º 3 do artigo 86.º do CCP).

O concorrente que se considere lesado com uma habilitação indevida, pode impugnar o acto de adjudicação através de processo cautelar relativo a contencioso pré-contratual e correspondente acção administrativa especial [artigos 4.º, n.º 2, alínea e), artigo 46.º, n.º 3 e 47.º, n.º 2 alínea c) e 100.º do CPTA].

11.3. Suporte de apresentação dos documentos de habilitação

A poupança de recursos associada a esta medida é complementada com uma outra medida relacionada com o suporte da documentação a apresentar.

O artigo 83.º, n.º 1, do CCP dispõe que o adjudicatário deve apresentar os documentos de habilitação através da plataforma electrónica utilizada pela entidade adjudicante, ou se esta estiver indisponível, por correio electrónico ou de outro meio de transmissão escrita e electrónica de dados¹⁴⁴. Mas, se os documentos em causa se encontrarem disponíveis electronicamente noutros portais, o adjudicatário pode indicar o endereço electrónico onde esses documentos podem ser consultados bem como os elementos de acesso para essa consulta (senha, palavra passe, código de acesso), dispensando a reprodução e envio dos mesmos à entidade adjudicante (artigo 83.º, n.º 2, do CCP).

Este regime apresenta duas ligeiras excepções: por um lado, o adjudicatário deverá enviar sempre por suporte electrónico a declaração a que se refere o Anexo II ao CCP, que corresponde, grosso modo, à declaração de idoneidade contratual que constitua o Anexo I ao Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho; por outro, quando o adjudicatário tenha prestado consentimento, nos termos da lei, para que a entidade adjudicante consulte a informação relativa a qualquer dos documentos de habilitação¹⁴⁵, é dispensada quer a apresentação da sua reprodução quer a indicação do sítio da *Internet* para consulta.

¹⁴⁴ Estes meios de recepção de documentos devem ser identificados no convite ou programa de procedimento (n.º 2 do artigo 83.º do CCP, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, 2 de Outubro).

¹⁴⁵ De acordo com o Decreto-Lei n.º 114/2007, de 19 de Abril, os interessados podem autorizar a consulta de certidões comprovativas de situação tributária ou contributiva regularizadas.

11.4. Idoneidade contratual

A função principal dos documentos de habilitação é verificar a idoneidade do concorrente adjudicatário para outorgar um contrato público.

Prevalece, e bem, o entendimento de que na outorga de contratos públicos, que envolvem a utilização de recursos financeiros da mesma natureza, existe um especial dever associado ao pleno cumprimento de obrigações públicas por parte daquele que foi seleccionado para “colaborar” com a administração.

Esta função está bem evidenciada no elenco de documentos solicitados no artigo 81.º do CCP:

- a) Declaração emitida conforme modelo constante do anexo II ao CCP¹⁴⁶ – corresponde a uma declaração de inexistência de impedimento prestada pelo próprio concorrente, ao abrigo do Princípio da Boa Fé, cuja falta de veracidade corresponderá à prestação de falsas declarações;
- b) Documentos comprovativo de que não foi condenado por crime que afecte

¹⁴⁶ Da interpretação, *a contrario*, do Anexo II ao CCP conclui-se que estão impedidos de celebrar contratos públicos os concorrentes cuja que:

- a) Se encontrem em estado de insolvência, liquidação, cessação de actividade, sujeitas a qualquer meio preventivo de liquidação de patrimónios ou em qualquer situação análoga, ou tenham o respectivo processo pendente;
- b) Tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado por qualquer crime que afecte a sua honorabilidade profissional, no caso de se tratar de pessoas singulares, ou, no caso de se tratar de pessoas colectivas, tenham sido condenados por aqueles crimes os titulares dos órgãos sociais de administração, direcção ou gerência das mesmas e estes se encontrem em efectividade de funções;
- c) Tenham sido objecto de aplicação de sanção administrativa por falta grave em matéria profissional, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação;
- d) Não tenham a sua situação regularizada relativamente a contribuições para a segurança social;
- e) Não tenham a sua situação fiscal regularizada;
- f) Tenham sido objecto de aplicação da sanção acessória prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, durante o período de inabilidade legalmente previsto;
- g) Proibição de participação em concursos públicos pela prática de contra-ordenações;
- h) Tenham sido objecto de aplicação da sanção acessória prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 627.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto;
- i) Reincidência em contra-ordenação laboral muito grave;
- j) Tenham sido objecto de aplicação de sanção administrativa ou judicial pela utilização ao seu serviço de mão-de-obra legalmente sujeita ao pagamento de impostos e contribuições para a segurança social, não declarada nos termos das normas que imponham essa obrigação;
- k) Tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado por algum dos seguintes crimes: participação em actividades de uma organização criminosa, corrupção, fraude ou branqueamento de capitais;
- l) Tenham prestado a qualquer título assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento.

a sua honorabilidade profissional, nem por participação em actividades de uma organização criminosa, corrupção, fraude ou branqueamento de capitais – o cumprimento desta obrigação pode ser assegurado através da apresentação de certidão do registo criminal; no caso de os concorrentes serem pessoas colectivas deverão ser apresentadas certidões do registo criminal dos titulares dos respectivos órgãos sociais de administração ou gerência, que se encontrem em efectividade de funções (artigo 83.º-A do CCP);

- c) Documentos comprovativos de situação regularizada relativamente a contribuições para a segurança social e administração fiscal;
- d) Para os contratos de empreitada ou de concessão de obras públicas, os concorrentes deverão apresentar os alvarás ou os títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar ou, no caso de o contrato respeitar a um lote funcionalmente não autónomo, as habilitações adequadas e necessárias à execução dos trabalhos inerentes à totalidade dos lotes que constituem a obra (artigos 81.º, n.º 2 do CCP)¹⁴⁷; para provar estas habilitações o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo da titularidade de empresas subcontratadas, desde que tal apresentação seja acompanhada de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações respectivas¹⁴⁸;
- e) Para os contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, os concorrentes devem apresentar um certificado de inscrição em lista oficial de fornecedores de bens móveis ou de prestadores de serviços de qualquer Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu que revele a titularidade das habilitações adequadas e necessárias à execução das prestações objecto do contrato a celebrar¹⁴⁹;

¹⁴⁷ O adjudicatário, ou um subcontratado nacional de Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu ou do Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial de Comércio que não seja titular do alvará ou do título de registo deve apresentar uma declaração, emitida pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., comprovativa de que pode executar a prestação objecto do contrato a celebrar por preencher os requisitos que lhe permitiriam ser titular de um alvará ou de um título de registo contendo as habilitações adequadas à obra a realizar.

¹⁴⁸ Atendendo ao conteúdo dos artigos 92.º e 93.º do CCP, deverá a entidade adjudicante definir no programa de procedimento o prazo mínimo para que o concorrente possa apresentar os compromissos assumidos com as subcontratadas.

¹⁴⁹ O adjudicatário que não for titular deste certificado deve apresentar, em substituição, certificado de inscrição nos registos a que se referem os anexos IX -B e IX -C da Directiva n.º 2004/18/CE, do

- f) Documentos de habilitação que o programa do procedimento especificamente exija (por exemplo, documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a prestação dos serviços em causa: carteira profissional da Ordem dos Advogados, alvará de segurança privada) - sendo legalmente exigidas, o adjudicatário sempre terá de ser titular destas habilitações, permitindo o CCP que a entidade adjudicante solicite ao adjudicatário a apresentação de documentos comprovativos das mesmas ainda que não sejam expressamente exigidos pelo programa do procedimento (cf. n.º 8 do artigo 81.º).

11.5. Prova da idoneidade contratual

Em relação ao regime de impedimentos previsto na legislação revogada acrescem as situações previstas na alínea k), cuja introdução é influenciada pela Directiva n.º 2004/18/CE e a da alínea l) que também tem influência do direito derivado comunitário, mas que já surgia no Decreto-Lei n.º 1/2005, de 4 de Janeiro, entretanto revogado pelo CCP.

A prova do preenchimento positivo ou negativo dos requisitos da capacidade de contratar afere-se através da junção de documentos e da emissão de declarações negociais, conforme o disposto no Anexo I ao CCP.

Quando o candidato/concorrente seja uma entidade de direito estrangeiro devem aceitar-se documentos equivalentes emitidos pela autoridade judicial ou administrativa do país de origem (artigos 45.º e 46 da Directiva n.º 2004/18/CE).

Justifica-se uma abordagem especial à eventualidade de a proposta adjudicatária ser subscrita por um agrupamento de concorrentes. O CCP distingue documentos que devem ser apresentados por todos os membros do agrupamento e documentos que sendo apresentados por um dos membros, aproveita aos restantes.

Na primeira hipótese enquadra-se a declaração do anexo II ao CCP, bem como a certidão do registo criminal e as certidões emitidas pela segurança social e pela

Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, com todas as inscrições em vigor e que revele a titularidade das habilitações adequadas e necessárias à execução das prestações objecto do contrato a celebrar ou, quando o Estado de que é nacional não constar daqueles anexos, uma declaração sob compromisso de honra, prestada perante notário, autoridade judiciária ou administrativa ou qualquer outra competente, de que pode executar a prestação objecto do contrato a celebrar no Estado de que é nacional de acordo com as regras nele aplicáveis. Como em Portugal não está legalmente implementada uma lista oficial de fornecedores de bens e serviços, a habilitação de adjudicatários nacionais será efectuada com a apresentação de certidão do Registo Nacional de Pessoas Colectivas.

administração fiscal.

Já o alvará, título de registo e o certificado de inscrição em lista oficial de fornecedores de bens ou prestadores de serviços, ou outros documentos de habilitação que o programa do procedimento especificamente exija têm de ser apresentados apenas pelos membros cuja actividade careça da sua titularidade (artigo 84.º do CCP).

Os documentos de habilitação devem ser redigidos em língua portuguesa, ou quando redigidos em língua estrangeira, devem ser acompanhados de tradução legalizada. A tradução legalizada a que se refere o n.º 2 do artigo 82.º do CCP deve obedecer aos requisitos legais mencionados no artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março e da Portaria n.º 657-B/2006, de 29 de Junho.

Se os documentos em versão digital submetidos pelo adjudicatário suscitarem dúvidas de autenticidade à entidade adjudicante, poderá esta exigir a apresentação dos respectivos originais (n.º 4 do artigo 83.º do CCP).

O incumprimento da obrigação procedimental de apresentação dos documentos de habilitação determina a caducidade da adjudicação, emergindo o direito do concorrente posicionado em segundo lugar de ver adjudicada a sua proposta. Este resultado verifica-se, igualmente, se os documentos apresentados forem falsos ou contiverem falsas declarações.

11.6. Caução

A caução que o concorrente adjudicatário deve apresentar no prazo de 10 dias após a adjudicação tem duas funções: garantir a outorga do contrato e garantir o exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais emergentes após a outorga do contrato.

O incumprimento desta determinação levar determina a caducidade da adjudicação, com as consequências previstas no n.º 2 do artigo 91.º do CCP: dever de adjudicação da proposta posicionada em segundo lugar.

Salvo as excepções previstas no programa de procedimento ou convite, limitadas à apresentação de seguro da execução do contrato a celebrar, emitido por entidade seguradora, que cubra o respectivo preço contratual, ou declaração de assunção de responsabilidade solidária com o adjudicatário, pelo mesmo montante, emitida por entidade bancária (desde que essa entidade apresente documento comprovativo de que possui sede ou sucursal em Estado membro da União Europeia, emitido pela entidade que nesse Estado exerça a supervisão seguradora ou bancária, respectivamente), deve ser sempre exigida uma caução de valor correspondente a 5%

do preço contratual, ou seja, é calculado por referência ao preço de todas as prestações contratuais a pagar pela entidade adjudicante (artigos 88.º, n.º 4 e artigo 89.º, n.º 1).

A prestação de caução também não é exigível e, conseqüentemente, não é devida quando o preço contratual seja inferior a 200.000 euros.

Nestes casos, como alternativa à prestação da caução, a entidade adjudicante pode proceder à retenção de 10% no valor de todos os pagamentos, se tal estiver previsto no caderno de encargos (artigo 88.º, números 2 e 3 do CCP).

Constitui obrigação da entidade adjudicante divulgar no programa de procedimento os modelos de garantia bancária, seguro caução ou depósito em dinheiro ou títulos (n.º 5 do artigo 90.º do CCP), de acordo com os conteúdos vinculativos definidos nos n.ºs 6 a 8 do artigo 90.º do CCP.

A não prestação de caução no prazo previsto origina a caducidade imediata do acto de adjudicação e constitui o dever de adjudicar a proposta que se encontre seguidamente melhor posicionada. Para o concorrente que perde o direito à adjudicação da proposta apresenta as conseqüências negativas não se ficam por aqui, pois a sua conduta constitui uma contra-ordenação grave e pode ser objecto de uma sanção acessória, que o iniba de participar em futuros procedimentos adjudicatórios [alínea a) do artigo 457.º e artigo 460.º do CCP].

Tal como na hipótese de caducidade do acto de adjudicação perante a não apresentação dos documentos de habilitação, a entidade adjudicante está vinculada ao dever de adjudicar, não estamos perante um poder discricionário, pelo que o beneficiário da caducidade pode, inclusivamente, reclamar judicialmente a prática do acto legalmente devido.

Importa ainda referir que por se tratar de uma caducidade a decisão de adjudicar a proposta classificada em segundo lugar não carece de ser precedida de audiência prévia ao concorrente cuja adjudicação fica preterida pela não apresentação da caução a que estava vinculado.

12. Contrato

12.1. Exigibilidade do contrato escrito

O CCP mantém como princípio geral a redução do contrato a escrito, inovando na admissibilidade da versão em suporte informático, além da tradicional versão em papel (cfr artigo 94.º, n.º 1 do CCP). Na segunda hipótese o contrato deve ser assinado através de assinaturas electrónicas. Estas assinaturas revestirão a forma de certificados de assinatura electrónica qualificada (Decreto-lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto).

Mantém-se, igualmente, a inexigibilidade de redução do contrato a escrito em determinadas circunstâncias, a saber:

- a) Quando se trate de contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços cujo preço contratual não exceda dez mil euros;
- b) Aquisição de bens móveis ao abrigo de um contrato público de aprovisionamento de aquisição de bens móveis ou imóveis;
- c) Aquisição de bens móveis ou serviços, se:
 - i. O caderno de encargos prever a execução integral do contrato no prazo de 20 dias a contar da data em que o adjudicatário comprove a realização da caução;
 - ii. A relação contratual se extinga com o fornecimento, sem prejuízo da manutenção das obrigações de garantia e sigilo;
 - iii. Contrato não esteja sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas¹⁵⁰.
- d) Quando se trate de contrato de empreitada de obras públicas de complexidade técnica muito reduzida e cujo preço contratual não exceda quinze mil euros.

Além destes casos, a entidade adjudicante pode dispensar a celebração de contrato escrito, mediante decisão devidamente fundamentada quando:

- a) A segurança pública interna ou externa o justifique;
- b) Seja adoptado um concurso público urgente;
- c) Por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, seja necessário dar imediata execução ao contrato, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante.

Estas possibilidades não viabilizam o início imediato da execução contratual, o que só se pode verificar no décimo dia subsequente à notificação da adjudicação, desde que nesse período seja comprovada a prestação da caução, quando exigível, sejam apresentados os documentos de habilitação e, se necessário, a confirmação dos compromissos de subcontratação.

Compreende-se que esta norma introduza prudência e garanta tempo suficiente para que sejam cumpridas formalidades essenciais para a perfeição da formação do contrato, mas mesmo essa lógica preventiva cede perante a emergência

¹⁵⁰ De acordo com o n.º 1 do artigo 159.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (aprova o Orçamento de Estado para 2009), estão isentos de fiscalização prévia do Tribunal de Contas os actos e contratos cujo montante não exceda € 350.000.

do início da execução contratual nas seguintes situações:

- a) Adjudicação de proposta por ajuste directo para a celebração de contrato de empreitada de obras públicas, com valor inferior a 150.000 para a generalidade das entidades adjudicantes, ou inferior a 1.000.000 euros, se a entidade adjudicante for o Banco de Portugal, um organismo de direito público, ou outra das referidas no n.º 2 do artigo 2.º do CCP;
- b) Adjudicação de proposta por ajuste directo para a celebração de contrato de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, com valor inferior a 75.000 euros para a generalidade das entidades adjudicantes, ou inferior a 193.000 euros, se a entidade adjudicante for o Banco de Portugal, um organismo de direito público, ou outra das referidas no n.º 2 do artigo 2.º do CCP
- c) Adjudicação de proposta por ajuste directo para a celebração de qualquer outro contrato não referido nas alíneas anteriores, desde que não seja contrato de concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos ou contrato de sociedade, se o valor do contrato for inferior a 100.000 euros;
- d) Não tenha sido publicado anúncio do procedimento no Jornal Oficial da União Europeia¹⁵¹;
- e) Adjudicação ao abrigo de acordo quadro cujos termos abrangem todos os seus aspectos ou que tenha sido celebrado apenas com uma entidade;
- f) Só tenha sido apresentada uma proposta.

Este tipo de soluções só reforçam a cautela que as entidades adjudicantes devem ter na redacção dos cadernos de encargos, que irão não só condicionar as propostas a apresentar pelos concorrentes como serão a base essencial que contém o regime da execução das prestações contratuais.

12.2. Outros elementos do contrato

Além do caderno de encargos e da proposta, mesmo quando o contrato não é reduzido a escrito, fazem parte integrante do mesmo os seguintes documentos:

¹⁵¹ Esta possibilidade foi introduzida pelo Decreto Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro. O diploma enquadra-se numa finalidade de conferir mais transparência aos procedimentos pré-contratuais e neste contexto compreende-se a impossibilidade de dar início à execução das prestações contratuais antes do decurso do prazo de dez dias após a notificação da decisão de adjudicação, da apresentação dos documentos de habilitação e da prestação de caução ou evidência de compromissos de terceiros, quando aplicável, nos procedimentos em que se amplia o conjunto dos potenciais interessados em contratar, através da publicidade internacional.

suprimentos dos erros e das omissões do caderno de encargos identificados pelos concorrentes, desde que esses erros e omissões tenham sido expressamente aceites pelo órgão competente para a decisão de contratar; os esclarecimentos e as rectificações relativos ao caderno de encargos; e os esclarecimentos sobre a proposta adjudicada prestados pelo adjudicatário (artigo 96.º do CCP).

A prevalência de uns documentos sobre outros é determinada pela ordem da sua apresentação no n.º 2 do artigo 96.º do CCP, o que deixa bem evidente a posição privilegiada da entidade adjudicante na configuração da relação contratual.

12.3. Contratos nulos

Para regular os conteúdos mínimos do contrato foi acolhida a solução que vigorava no Decreto Lei n.º 59/99, de 2 de Março: são nulos os contratos que não integrem elementos considerados essenciais, designadamente a identificação das partes, a indicação do acto de adjudicação e do acto de aprovação da minuta do contrato, a descrição do objecto do contrato, a referência à caução prestada pelo concorrente adjudicatário, as referências orçamentais, o prazo de execução, os ajustamentos aceites pelo adjudicatário, o preço contratual e o preço a pagar pelas prestações objecto do contrato, incluindo eventuais prorrogações expressas ou tácitas (artigo 96.º, n.º 1 do CCP).

Esta solução, face a uma omissão involuntária, seria extremamente violenta e prejudicial à segurança jurídica das entidades adjudicantes.

Um descuido na elaboração da minuta do contrato teria como consequências a possibilidade de o contrato ser a todo o tempo declarado nulo, por qualquer interessado, tendo a declaração de nulidade eficácia retroactiva, podendo paralelamente serem apuradas responsabilidades por tal resultado.

Em nosso entendimento, o preceito que comina a nulidade para o contrato cujo clausulado não integre os referidos elementos deve ser interpretado restritivamente, essencialmente, por dois motivos.

O n.º 2 do artigo 96.º prevê que independentemente da forma do contrato, este é sempre integrado pelas peças concursais, pelo que se o caderno de encargos contiver algum dos elementos em falsa (por exemplo a referência à caução e o regime da sua prestação e accionamento) não será uma omissão do clausulado do contrato que determinará a sua nulidade pois a questão substantiva (a garantia do cumprimento) não deixa de estar devidamente regulamentada.

Por outro lado, o conteúdo do n.º 1 do artigo 96.º deve ser interpretado

conjugadamente com o artigo 285.º do CCP, que prevê a hipótese de redução e conversão, nos termos dos artigos 292.º e 293.º do Código Civil, para todos os contratos administrativos, independentemente do seu desvalor jurídico.

Se esta regra vale para os contratos administrativos, não vemos motivo que impeça a sua aplicação analógica aos outros contratos públicos.

12.4. Minuta do contrato

A minuta contratual deve ser aprovada pelo órgão competente para a decisão de contratar, ou por órgão em que tal competência seja delegada (artigo 109.º do CCP).

Tomando, necessariamente, por referência o caderno de encargos, a minuta pode incluir ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar, desde que estes resultem de interesse público e este procedimento não interfira com o posicionamento dos concorrentes resultante da avaliação de propostas.

O conteúdo dos ajustamentos não é fixado com plena discricionariedade, pela entidade adjudicante, sendo absolutamente proibida a derrogação aos aspectos essenciais da execução do contrato a celebrar e a inclusão de propostas formuladas por outro concorrente (n.º 2 do artigo 99.º do CCP).

O procedimento de aprovação da minuta do contrato inicia-se com o envio ao adjudicatário de uma primeira versão provisória, que se transformará em definitiva se o adjudicatário a aceitar expressamente ou não deduzir reclamação no prazo de cinco dias úteis após a notificação (artigo 101.º do CCP).

As reclamações só podem ter por fundamento a inclusão de obrigações não previstas no caderno de encargos, cláusulas que contrariem este documento, ou a rejeição dos ajustamentos propostos pela entidade adjudicante. Deduzida uma eventual reclamação, a entidade adjudicante tem dez dias para notificar o adjudicatário da decisão, equivalendo o silêncio ao indeferimento da reclamação. Contudo, se o adjudicatário tiver reclamado quanto aos ajustamentos consideram-se os mesmos definitivamente não aceites.

Aparentemente, o CCP confere um poder de determinação unilateral da minuta do caderno de encargos, o que não se revela conforme com a natureza bilateral do contrato a outorgar. Ora, acontece que tal hipótese não tem acolhimento na lei, pelo simples facto de o legislador ter estipulado que os elementos que integram o contrato (os referidos no n.º 2 do artigo 96.º do CCP) prevalecem sobre o clausulado contratual.

Deste modo, o concorrente adjudicatário perante o desconforto gerado por uma minuta “imposta” pela entidade adjudicante poderá, posteriormente, em fase de

execução do contrato suscitar a validade da cláusula que contenha aspectos contrários ao caderno de encargos, ou à própria proposta, recorrendo para o efeito à acção administrativa comum prevista na alínea h) do n.º 2 do artigo 37.º do CPTA.

12.5. Assinatura

A assinatura do contrato deve ter lugar no prazo de trinta dias após a aceitação da minuta ou da decisão sobre a reclamação (artigo 104.º, n.º 1 do CCP).

Este prazo serve para garantir o cumprimento das formalidades previstas no procedimento adjudicatório, nomeadamente as previstas no n.º 1 do artigo 104.º do CCP. O incumprimento deste prazo tem efeitos diferentes consoante a não outorga seja imputável ao concorrente, ou à entidade adjudicante.

A não comparência do adjudicatário no dia, hora e local previamente comunicados pela entidade adjudicante provoca a caducidade da adjudicação (artigo 105.º, n.º 1 do CCP). Concomitantemente, constitui-se o dever, para a entidade adjudicante, de adjudicar a proposta classificada no lugar subsequente. Além da perda do direito de outorgar o contrato com a entidade adjudicante, o adjudicatário faltoso ainda perde a caução prestada (artigo 105.º, n.º 2 do CCP).

Se a responsabilidade pela não outorga do contrato no prazo legalmente previsto for imputável à entidade adjudicante, pode o concorrente adjudicatário desvincular-se da proposta formulada e da obrigatoriedade de contratar com a administração, tendo, igualmente, direito a ver liberada a caução que haja prestado (n.º 3 do artigo 105.º do CCP).

Na medida em que esta conduta da entidade adjudicante é ilegal, o concorrente adjudicatário tem direito a ser indemnizado por todas as despesas e demais encargos em que comprovadamente incorreu, sendo, portanto, ressarcido pelo dano negativo.

O concorrente adjudicatário pode, em alternativa, exigir judicialmente a celebração do contrato (artigo 105.º, n.º 4 do CCP).

Reconhecendo a existência do dever de um especial dever de contratar, consideramos estar na presença de um acto legalmente devido pela administração – a outorga do contrato – que constitui a manifestação de uma garantia dos particulares, constitucionalmente consagrada (n.º 4 do artigo 268.º da Constituição da República Portuguesa) e que tem acolhimento processual no artigo 66.º e seguintes do Código de Processo dos Tribunais Administrativos.

A eficácia desta norma pressupõe a verificação de quatro requisitos¹⁵²:

- a) Verificação da existência de um dever de agir resultante de uma vinculação legal – a obrigatoriedade de outorgar o contrato público na sequência do procedimento adjudicatório;
- b) Apresentação de requerimento dirigido à administração exigindo a prática do acto – o adjudicatário lesado pode requerer à entidade adjudicante a prática do acto legalmente devido;
- c) O requerimento deve ser apresentado ao órgão competente para a decisão – neste caso ao órgão competente para a decisão de contratar, ou ao órgão delegado;
- d) Verificação de uma conduta ilegal por parte da administração, traduzida na omissão de praticar o acto, na recusa expressa, ou na recusa de apreciação do requerimento.

A representação da entidade adjudicante na assinatura do contrato não tem um regime uniforme (artigo 106.º do CCP).

O Estado, as Regiões Autónomas e as Autarquias Locais são representados pelo órgão que tomou a decisão de contratar, que é simultaneamente o órgão competente para autorizar a despesa. Neste momento a identificação deste órgão terá de ser feita pela interpretação dos artigos 16.º a 22.º do Decreto Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

Os institutos públicos e as fundações são representados pelo órgão com competência para o efeito, definido no respectivo diploma orgânico, ou nos estatutos que regem a entidade adjudicante.

Para ambas as entidades, a lei determina que a competência de representação do órgão colegial se encontra atribuída ao seu Presidente. Esta regra de agilização pode encontrar dificuldades de aplicação nos casos em que as normas orgânicas das entidades adjudicantes disponham em sentido diverso (por exemplo, os estatutos de uma fundação podem conter uma norma que determine que a representação seja assegurada por duas assinaturas); nestas situações será mais prudente seguir a norma orgânica, salvaguardando, sempre, a intervenção do Presidente do órgão colegial.

Os organismos de direito públicos e outras entidades adjudicantes, referidos no n.º 2 do artigo 2.º e no regime dos sectores especiais, são representados por quem tiver os necessários poderes, conforme as regras dos estatutos dessas entidades.

¹⁵² RITA CALÇADA PIRES, *O pedido de condenação à prática do acto legalmente devido*, Almedina, 2004, páginas 66 e seguintes.

