



CEDIPRE ONLINE | 34

**OS PRINCÍPIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA:
*O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA***

Pedro Daniel S. N. Inês

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
SETEMBRO | 2018

**OS PRINCÍPIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA:
*O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA***

Pedro Daniel S. N. Inês



www.cedipre.fd.uc.pt

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

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
SETEMBRO | 2018

TÍTULO	Os princípios da contratação pública: <i>O princípio da concorrência</i>
AUTOR(ES)	Pedro Daniel S.N. Inês
IMAGEM DA CAPA	Coimbra Editora
COMPOSIÇÃO GRÁFICA	Ana Paula Silva
EDIÇÃO	CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-528 COIMBRA PORTUGAL Tel.: +351 239 836 309 E-mail: cedipre@fd.uc.pt
PARA CITAR ESTE ESTUDO	Os princípios da contratação pública: <i>O princípio da concorrência</i> , Publicações CEDIPRE Online - 34, http://www.cedipre.fd.uc.pt , Coimbra, Setembro de 2018

COIMBRA
SETEMBRO | 2017

OS PRINCÍPIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA:
O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA

Pedro Daniel S. N. Inês

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º ciclo de estudos em Administração Pública, conducente ao grau de Mestre, na Área de Especialização em Contratação Pública.

Orientação: Professor Doutor Fernando Licínio Lopes Martins

AGRADECIMENTOS

A produção científica de uma Dissertação é o culminar de um *iter* que começa com a visão temática do seu autor, que está alicerçada no seu esforço e persistência, mas que não deixa de encontrar nas pessoas que o rodeia, as verdadeiras “molas reais” que alavancam e alicerçam todo o processo produtivo.

Deste modo, agradeço a todos aqueles que contribuíram decisivamente para a elaboração do presente trabalho e que partilharam comigo a sua sabedoria técnica, profissional, mas sobretudo a sua mais-valia humana.

Agradeço aos meus pais e ao meu irmão, autênticos motivos da minha existência, aos meus amigos por toda a prestabilidade e empenho demonstrado.

À douta Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, agradeço a oportunidade que me concedeu para frequentar o 1.º Ciclo de Estudos em Direito e, atualmente, o 2.º Ciclo de Estudos em Administração Pública.

Last but not least, ao meu orientador, Professor Doutor Licínio Lopes Martins, por me ter encorajado a enveredar por esta temática e acima de tudo, por me ter dado o privilégio de ser o recetor dos seus sábios conselhos.

RESUMO: A presente dissertação foi elaborada no âmbito do Mestrado em Administração Pública e versa sobre a importância dos Princípios Comunitários da Contratação Pública, em especial do Princípio da Concorrência, verdadeira trave-mestra do Direito da Contratação Pública.

Ao longo da exposição, iremos constatar as especiais preocupações ao nível concorrencial que o Direito Comunitário da Contratação Pública impõe aos seus destinatários, visando a consolidação de um Mercado Interno no qual se evidenciam as diversas Liberdades Comunitárias.

Acresce que, tendo em consideração que o Princípio da Concorrência se assume como um *princípio – tronco* da Contratação Pública, daremos especial atenção à sua ligação ao Princípio da Igualdade de Tratamento, concretizando, em seguida, as manifestações ou corolários que estão associadas a este verdadeiro *critério de juridicidade* do Direito da Contratação Pública e que se projetam nos diversos procedimentos, ao longo do CCP.

Partindo destas premissas, não poderíamos deixar de fazer alusão ao relativamente recente pacote de Diretivas Comunitárias de 2014, assim como breves alusões ao Projeto de Lei do Código dos Contratos Públicos já aprovado, procurando descortinar qual o atual lugar, significado e peso do Princípio da Concorrência à luz da crescente aproximação do Direito da Contratação Pública ao Direito da Concorrência, assim como das Políticas *Horizontais/Secundárias*, ambientais, sociais, laborais que aquelas introduziram no atual panorama do *Public Procurement* e que concorrem com o Princípio em estudo, no que respeita à sua virtualidade para nortear a correta aplicação do Direito da Contratação Pública.

Palavras Chave: Princípios Comunitários; Princípio da Concorrência; Princípio da Igualdade de Tratamento; Acesso Público; Intangibilidade da Proposta; Estabilidade Objetiva; Estabilidade Subjetiva; Comparabilidade das Propostas; Diretivas 2014;

ABSTRACT: The present dissertation was elaborated in the scope of the Master degree in Public Administration and focuses on the importance of the Public Procurement Principles, specially the Principle of the Competition, a true master beam of the Public Procurement Law.

Along the exhibition, we will note the special concerns at the competitive level, Community law on Public Procurement imposes on its recipients, aiming at the consolidation of an Internal Market in which the various Community Freedoms are evidenced.

In addition, bearing in mind that the Competition Principle assumes itself as a principle — Trunk of Public Procurement, we will pay special attention to its connection with the Equal Treatment Principle, thus materializing the manifestations or corollaries that are associated with this true criterion of legality of Public Procurement Law and which are projected in the various procedures throughout the CCP.

Based on these premises, we could not fail to make reference to the relatively recent package of Community Directives of 2014, as well as brief allusions to the Draft Law of the Public Procurement Code already approved, seeking to discover the current place, meaning and weight of the Competition Principle in light of the growing approximation of the Law of Public Procurement to Competition Law, as well as the Horizontal / Secondary, Environmental, Social, and Labor Policies that they have introduced in the current Public Procurement panorama and that compete with the Principle under study, regarding their virtuality to guide the correct application of Public Procurement Law.

Keywords: Community Principles; Principle of Competition; Principle of Equal Treatment; Public Access; Intangibility of the Proposal; Objective Stability; Subjective Stability; Comparability of Tenders; Directives 2014;

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ART	Artigo
ABS	Aquisições de Bens e Serviços
Ac.	Acórdão
CCP	Código dos Contratos Públicos
CRP	Constituição da República Portuguesa
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código do Processo nos Tribunais Administrativos
EM's	Estados – Membros
EOP	Empreitadas de Obras Públicas
ODP	Organismos de Direito Público
PEMV	Proposta Economicamente Mais Vantajosa
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCAN	Tribunal Central Administrativo do Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo do Sul
TCE	Tratado que institui a Comunidade Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia

ÍNDICE

Agradecimentos.....	6
Resumo Abstract	7
Lista de Siglas e Abreviaturas.....	9
Introdução	13
A Lógica e o Sentido dos Princípios Jurídicos	15
Função e Relevância dos Princípios da Contratação Pública	17
Elenco e Tipologia dos Princípios da Contratação Pública.....	19
Os Princípios Comunitários na Contratação Pública	21
O Princípio da Concorrência	31
Corolários	39
O Princípio do Acesso Público.....	39
O Princípio da <i>Estabilidade Objetiva</i>	47
O Acórdão <i>Presstext</i> —Modificação Objetiva do Contrato	55
O Princípio da <i>Intangibilidade</i> Das Propostas	59
O Princípio Da Comparabilidade Das Propostas Ou Candidaturas.....	65
O Princípio da <i>Estabilidade Subjetiva</i>	69
“Linked Undertakings”	73
Os Requisitos De Acesso Ao Procedimento.....	77
O Âmbito de Aplicação Do Regime Da Contratação Pública	79
Os Contratos <i>Interadministrativos</i>	83
A Exceção Da Contratação <i>In House</i>	85
A Assessoria Na Preparação E Elaboração Das Peças	87
Acordos Quadro.....	93
Conclusão	95
Bibliografia	97
Jurisprudência	99

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa, em geral, colocar em evidência os Princípios Gerais da Contratação Pública e, em particular o Princípio da Concorrência, verdadeira trave mestra da contratação pública, princípio cardinal da ordem jurídica que conforma e enforma os restantes.

Assim, as preocupações concorrenciais e a criação de condições efetivas de uma sã e efetiva competição entre os operadores económicos, emergiu, desde sempre, como um objetivo fundamental do Direito Comunitário, em geral, e da Contratação Pública, em especial.

Pese embora, numa primeira fase, essas preocupações estivessem, essencialmente, associadas a uma garantia do *favour participationis*, salvaguardando o maior e mais amplo acesso de concorrentes aos procedimentos e, desse modo, incrementar as chances de, dessa adjudicação, resultar a melhor proposta para o interesse público em geral e financeiro em especial, tem-se assistindo, em resultado de uma maior aproximação do Direito da Concorrência aos Direito da Contratação Pública, a uma preocupação crescente em prevenir que, em resultado dos procedimentos de adjudicação, decorram práticas abusivas, restritivas e anti — concorrenciais pelas entidades adjudicantes.

Numa primeira abordagem da temática supra exposta, far-se-á uma breve exposição sobre os traços característicos, sentido e lógica dos Princípios Jurídicos, em confronto qualitativo com a lógica das Regras.

De seguida, após elencarmos os Princípios da Contratação Pública, e tendo em conta que a contratação pública é, seguramente, uma das áreas em que a importância concreta daqueles se faz sentir, centraremos a nossa atenção nas funções adstritas a estes Princípios Jurídicos, assim como na relevância prática destes na construção e consolidação de um mercado sã de contratação pública.

Tomando em consideração o facto de, frequentemente, os princípios fundamentais dos procedimentos de adjudicação, serem convocados e referidos na jurisprudência comunitária, de, muitos deles, se encontrarem consagrados em texto de direito interno, de resultarem do Direito Originário e Derivado da União Europeia e, de resultarem do papel “pretoriano” do TJUE, afigura-se essencial aludir à sua origem e força comunitária, apresentando os pertinentes Acórdãos Comunitários, autênticas “bússolas” e “almofadas” para os profissionais do Direito da Contratação Pública, enquanto verdadeira *Law In Action*.

Entrando diretamente no núcleo do presente trabalho de investigação, centraremos as nossas atenções na relevância concreta e função paramétrica do Princípio da Concorrência, princípio central nesta matéria, tanto no âmbito nacional como no comunitário. Neste sentido, abordaremos as diversas manifestações, corolários ou

subprincípios enraizados a este princípio, que se encontram disseminados ao longo das diversas fases dos procedimentos pré-contratuais assim como na fase contratual.

Neste sentido, abordaremos o *Princípio do Acesso Público*, o *Princípio da Estabilidade das Regras e Documentos Conformadores do Procedimento*, o *Princípio da Intangibilidade ou Imutabilidade das Propostas e Candidaturas*, o *Princípio da Comparabilidade das Propostas* e, por último, o *Princípio da Estabilidade Subjetiva*.

Por fim, urge referir, que ao longo da presente exposição teremos sempre presente as (novas) considerações ambientais, sociais e laborais que subjazem ao Pacote de Diretivas Comunitárias datadas de 2014¹, visando aferir do atual “peso” e valor que o Princípio da Concorrência ainda sustenta nos dias de hoje, em comparação com uma axiologia emergente e que norteia o atual Direito da Contratação Pública.

¹ Refira-se, desde já, que embora a ampliação do Princípio em estudo já tenha sido reconhecida no Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da União Europeia (27.01.2011 COM), onde se colocava o enfoque no objetivo da eficiência da despesa pública e na procura da melhor relação qualidade/preço como fim que apenas seria alcançado num ambiente de máxima concorrência possível e de igualdade de oportunidades entre concorrentes, é neste pacote de Diretivas que o Princípio da Concorrência mais se concretiza e densifica, consubstanciando uma nova conceptualização daquele.

Deste modo, evoluiu-se de uma perspetiva que, decorrente do princípio da transparência e da igualdade de tratamento, ambicionava, tradicionalmente, apelar ao maior número possível de participantes e opositores ao procedimento pré-contratual, para uma densificação superior que, atualmente, salvaguarda, igualmente, a necessidade de a entidade adjudicante prevenir a eventual distorção da concorrência causada pelo procedimento de adjudicação.

A LÓGICA E O SENTIDO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Apesar de os princípios e as regras serem normas jurídicas e usufruírem de igual valor normativo, integram lógicas de funcionamento qualitativamente distintas.

Na esteira de Robert Alexy², os Princípios são normas que orientam e impõem que algo se realize na maior medida do possível, segundo as possibilidades de facto e de direito, deles resultando normas comportamentais, de conduta.

Enumerando algumas das características típicas dos Princípios normativos, podemos sublinhar, citando Rodrigo Esteves de Oliveira,³ o facto de constituírem um “tópico de argumentação ou ponderação jurídica nas diferentes hipóteses em que se suscite um problema situado no seu domínio de operatividade”, podendo ser convocados para fundamentar em concreto, *in casu*, problemas práticos do direito da contratação pública.

As diferenças substanciais entre os Princípios e as Regras residem no facto de os primeiros obedecerem a uma metódica aberta, sobressaindo a sua intrínseca porosidade (plasticidade, flexibilidade), definindo um objetivo que visam atingir, oferecendo uma solução de princípio, apontando um sentido *prima facie* de regulação do caso, “*indicando um sentido de regulação*”⁴ que apenas se determina após uma análise, ponderação acerca do seu real peso e valor no caso concreto, caso a harmonização ou combinação entre os princípios que apontam soluções contrárias, em primeira linha, não seja possível.

Neste sentido, nas palavras de Gomes Canotilho⁵, “*os princípios configuram normas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos*”.

Assim, pode acontecer que exista um feixe convergente de soluções decorrentes de diferentes princípios aplicáveis *in casu*, originando um conflito de princípios. É possível, deste modo, um princípio apontar para uma solução *prima facie* oposta à solução apontada em primeira linha por outro princípio, sendo, deste modo, passível de harmonização com outros princípios.

Diz-se a este propósito, na esteira de Gomes Canotilho⁶, que “*a convivência dos princípios é conflitual (...), os princípios coexistem (...)*”. Citando, nesta linha, Martin Borowski⁷, “*nas colisões entre certo tipo de normas – princípios – nenhuma das normas que colidem se torna inválida, antes, uma das normas recua no caso concreto sem*

² ROBERT ALEXY, *Derecho y Razón Práctica*, 2.ª ed., México: Fontamara, 1998

³ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008, p.63

⁴ DAVID DUARTE, “A norma de legalidade procedimental administrativa”, 2006, p.1296

⁵ GOMES CANOTILHO, In “*Direito Constitucional*”, 2003, p.1161

⁶ GOMES CANOTILHO, Ob. cit., p.1161

⁷ MARTIN BOROWSKI, “*Abwehrrecht als Grundrechtliche Prinzipien*”, 2007, 9.82

perder validade”.

Já no que concerne às regras, estas obedecem a uma lógica “de extremos”, de “*tudo ou nada*”⁸. São normas que, quando se verificam certos comportamentos nelas previstos, desencadeiam uma consequência jurídica precisa e definitiva, “*prescrevendo, imperativamente, uma exigência*”⁹, prevendo, estatuinto, ordenando a proibição/ilegitimidade ou permissão/legitimidade da conduta.

Ao contrário do que sucede com os Princípios, segundo Gomes Canotilho¹⁰, “*(...) a convivência das regras é antinómica (...); as regras antinómicas excluem-se*”. Quer isto dizer, que não será possível coexistirem no ordenamento jurídico duas regras que estatuem consequências jurídicas diametralmente opostas.

Em síntese, ao contrário das regras, apesar de um princípio poder ser pertinente para regular uma certa questão, a sua concreta contribuição para resolução do caso, dependerá sempre da situação concreta, podendo acontecer que o problema não contemple a axiologia ou os interesses a cuja tutela esse princípio vai votado ou então que existam outros princípios, que *in casu*, se revistam de maior dignidade jurídica ou reivindicuem uma solução de concordância prática.

FUNÇÃO E RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

À garantia de legalidade de um Procedimento Adjudicatório de Contratação Pública não basta o cumprimento da Lei, mas também dos Princípios Normativos da Contratação Pública, designadamente, o Princípio da Igualdade de Tratamento, da Proibição de Discriminação em razão da Nacionalidade, da Imparcialidade, Proporcionalidade, Reconhecimento Mútuo, Tutela Jurisdicional Efetiva e, o mais relevante, *in casu*, o Princípio da Concorrência.

Neste sentido, é seguro afirmar, que os Princípios Jurídicos são “uma fonte de direito fundamental no sistema da contratação pública”¹¹. Para Ana Fernanda Neves¹², “Os princípios da contratação pública conformam a definição concreta e a realização dos procedimentos de *contratação pública, assim como a atuação do co-contraente público na relação jurídica, constituindo padrões de controlo da sua correção jurídica*”.

Será, pois, seguro afirmar que a Contratação Pública será uma das áreas onde mais se sente o “peso” e a relevância concreta ou prática dos princípios jurídicos. Com efeito, quer os nossos Tribunais Administrativos, quer a Jurisprudência do TJUE fazem, frequentemente, referência aos Princípios, convocando-os como fundamento direto e autónomo para a resolução de casos de contratação pública.

No caso de não haver uma regra no sistema ou se a regra existente foi afastada (por inconstitucionalidade, por violação do direito comunitário ou por ilegalidade), ou o intérprete recorre a uma regra existente no sistema que regule um caso análogo (extensão analógica) ou convoca um princípio que resolva o caso concreto (o princípio fornece por si só a “norma-do-caso”) – função regulativa do caso em que os princípios revelam capacidade de fundar direta e autonomamente a solução de casos concretos. Aqui, o princípio assumirá uma “*função positiva*”¹³, contribuindo decisiva e positivamente para a elaboração da norma que regulará a hipótese em concreto.¹⁴

Ainda no que concerne à “função positiva” dos princípios, no caso de haver uma regra no sistema, esta ser legítima (não contrária à fonte de direito hierarquicamente superior) e estando em causa uma norma aberta ou atributiva de juízos discricionários, é ela que se aplica em colaboração com o princípio, assumindo este uma “*função integrativa*”, contribuindo para a densificação desses espaços normativos em aberto.

No entanto, mesmo tratando-se de uma regra existente fechada/vinculada¹⁵ e não atributiva de poder discricionário, ainda assim a função positiva do princípio in-

¹¹ Vide, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, In *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, CEDIPRE, p.51

¹² ANA FERNANDA NEVES, “Os Princípios da Contratação Pública”, In *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia* — Vol. II, Coimbra Editora, 2011, p.9

¹³ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. Cit., p.52

¹⁴ Cfr. Ac. TdC de 14.07.2011, 1.ªS/PL

¹⁵ Leia-se, se a regra for impositiva de uma vinculação.

⁸ RONAL DWORKIN, “*Taking Rights seriously*”, Duckworth, London, 1977, p.24

⁹ GOMES CANOTILHO, “*Direito Constitucional*”, 2003, p.1161

¹⁰ IDEM, Ob. Cit., p.1161

teressa para a resolução do caso, na medida em que aqui, este assumirá uma “*função interpretativa, de “Green Light”*”, ajudando a interpretar as regras constantes das Diretivas Europeias ou da legislação interna.

Ao invés, na hipótese de existir uma regra que lhe esteja infra — ordenada e que com ele seja desconforme ou incompatível, o Princípio convocado terá uma força paramétrica, regulativa, de aplicabilidade direta, ou seja, situar-se-á num patamar hierárquico superior ao das regras, na medida em que aquele provém do Direito Comunitário e da CRP, assumindo um valor supra legal na hierarquia normativa. Neste caso, o princípio assumirá uma “*função negativa*”, de “*red light*” afastando, na regulação do caso, a aplicação de uma certa regra que viole aquele, dispondo em sentido divergente. Posteriormente, poder-se-á procurar no sistema, uma nova regra análoga àquela que fora excluída da resolução do caso, ou então o princípio assumirá neste segundo momento uma “*função positiva*”, que supra e oportunamente explicamos.

Por fim, citando o Professor Doutor Rodrigo Esteves de Oliveira¹⁶, os Princípios exercem, igualmente, uma *função de legitimação* — de “sanção” ou de “sinal verde” — das regras constantes da lei ou dos regulamentos, modelando as soluções deles constantes. Pelo que, a solução será juridicamente válida na medida em que não viole um princípio situado num patamar hierárquico-normativo inferior.

ELENCO E TIPOLOGIA DOS PRINCÍPIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Numa matéria tão propícia à aplicação dos Princípios, como é a regulação de casos procedimentais adjudicatórios, neste “palco” poderemos encontrar: 1) Princípios Gerais de Direito Interno e Comunitário (Igualdade, Imparcialidade, Transparência, Concorrência, entre outros); 2) Princípios Específicos, “Comunitários” (Proibição da Discriminação em Razão da Nacionalidade, Reconhecimento Mútuo, etc...); 3) Princípios Específicos da Contratação Pública como por exemplo, o (sub)Princípio da Estabilidade Objetiva.

Acresce ao exposto que à atividade da contratação pública também lhe são aplicáveis os Princípios Gerais da Atividade Administrativa¹⁷ e os Princípios Gerais previstos no CPA¹⁸ como seja, entre outros, a Tutela da confiança, da Boa Fé, da Prossecução do Interesse Público e da Publicidade.

Apesar de exercerem uma tremenda influência no trabalho do intérprete, urge sublinhar que os Princípios apenas serão convocados na medida em que não sejam excluídos da sua aplicação prática por regras legais constantes do CCP ou de outros diplomas legais.

Podemos enumerar, como *Princípios Fundamentais da Contratação Pública*, com base no disposto no art.º1/4 do CCP e no art.º 18.º da Diretiva “clássica”¹⁹ de 2014, pese embora a crítica de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos²⁰, os Princípios da Igualdade, da Concorrência, da Transparência, da Imparcialidade e da Tutela da Confiança. Estes, não afastando a valia dos demais, e não impondo soluções concretas, vinculam as Entidades Adjudicantes, orientando *a priori* todo o *iter* procedimental adjudicatório de formação dos contratos públicos e que conduz à celebração e que conduz à celebração do contrato. E, fazem-no na medida em que tutelam valores e interesses fundamentais dos procedimentos pré-contratuais, reconhecendo-se neles, em concreto, “uma força qualificada e um peso reforçado no confronto com outros princípios, sobre os quais, em caso de conflito hão — de prevalecer”.²¹

¹⁷ Consagrados no art.º 266.º/2 da CRP. Deste modo, se expressa o cariz Constitucional da dimensão Princípalista do regime da Contratação Pública.

¹⁸ Cfr. art.º 3.º e ss do CPA

¹⁹ Diretiva 2014/24/UE

²⁰ Vide, neste sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, “*Direito Administrativo Geral*”, Tomo III, 2.º ed., Dom Quixote, p.336. Estes autores criticam, veementemente, a reduzida enumeração do legislador português no que respeita aos Princípios estruturantes em matéria de Contratação Pública.

²¹ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. Cit., p.57

¹⁶ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, Ob. Cit., p.54

OS PRINCÍPIOS COMUNITÁRIOS²² NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

O Direito Comunitário eleva como princípio chave e estruturante, o Princípio de uma “Economia de Mercado Aberta e de Livre Concorrência” (art.º 4.º do TCE ou art.º 119.º do TFUE), visando uma “Economia Social de Mercado altamente competitiva” (art.º 3.º/3 do TUE).

As preocupações concorrenciais tiveram a sua génese no Direito Comunitário, sendo, no entanto, **a ação ameaçadora de empresas privadas poderosas no mercado, que despoletou uma efetiva conexão da Contratação Pública ao Direito da Concorrência.**

Os diversos pacotes de Diretivas Comunitárias²³ em matéria de Contratação Pública ambicionam, deste modo, salvaguardar a efetiva e eficaz eliminação de barreiras à construção de um mercado interno²⁴, erigindo, simultaneamente, condições determinantes para garantir a igualdade dos operadores económicos na participação dos Procedimentos de Formação dos Contratos Públicos. Nesse sentido, visam fomentar o funcionamento do Mercado Único Europeu ao nível dos Mercados Públicos (*Marchés Publics*), de forma a evitar a existência de políticas de protecionismo ou discriminação em razão da nacionalidade no acesso aos Mercados Públicos, **por parte dos EM's da UE.**

Hoje, é praticamente unânime, o reconhecimento do papel de “guarda pretoriana” do TJUE, emergindo os Princípios Comunitários, no contexto do complexo normativo especificamente destinado a regular os procedimentos de formação dos contratos públicos, num lugar privilegiado, no acervo comunitário. É, pois, do TJUE, a última palavra no que respeita à legitimação ou censura de uma questão de Contratação Pública, exercendo, por vezes, uma força jurisprudencial criativa, designadamente no que concerne à aplicação do Princípio ora em estudo.

Tal como sublinha Cláudia Viana²⁵, *“Se os Contratos Públicos assumem uma importância cada vez mais significativa no seio da UE, principalmente no que respeita à consolidação do mercado único, os mesmos têm de estar (...) sujeitos às suas regras e princípios fundamentais, sob pena de ficar comprometida a liberalização deste setor e de todo o mercado. Isto vale por dizer que não há mercado único sem liberalização dos contratos públicos à escala comunitária e europeia (...)”.*

²² Densificados no art.º 18.º da Diretiva “clássica” 2014/24/UE

²³ Segundo SUE ARROWSMITH, *Law of public and utilities procurement*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, 2005, p.432, *“As Diretivas não só pretendem criar um regime de contratação pública relativamente uniforme no seio da União Europeia, como também colocam em destaque o princípio da concorrência, visto que uma das principais linhas de força destes instrumentos legislativos consiste exatamente na eliminação das práticas restritivas da concorrência, designadamente impondo que as entidades adjudicantes se abstenham de adotar procedimentos ou aplicar regras se os mesmos limitarem ou distorcerem a concorrência.*

²⁴ É, pois, evidente que a Contratação Pública constitui um poderoso instrumento de realização do Mercado Interno.

²⁵ 19 CLÁUDIA VIANA, *“Os Princípios Comunitários da Contratação Pública”*, Coimbra Editora, 2007, p.19

É, pois, evidente, tal como referimos supra, que um dos objetivos do Direito Comunitário, em matéria de Contratação Pública, reside na construção de um Mercado Único Aberto e em Livre Concorrência, assente no Princípio da Igualdade Concorrencial e nas Liberdades de Circulação²⁶. Ou seja, os Princípios Comunitários da Contratação Pública refletem valores fundamentais da ordem jurídica neste setor específico.

Recuando a 1959, já o TJUE se pronunciava no célebre Acórdão *Algera*²⁷, declarando que, na falta de ausência de regras comunitárias, o TJUE tem o dever de decidir “ de acordo com as normas reconhecidas pela legislação, doutrina e jurisprudência dos Estados-Membros.

Para além da sua função interpretativa das disposições comunitárias, estes Princípios têm, para o TJUE, uma função constitutiva e evolutiva do próprio Direito comunitário, no sentido de serem aplicáveis a matérias que inicialmente não estariam previstas no Direito Originário da União Europeia.

No entanto, apesar da importância da “produção normativa nacional”, e de serem deve afirmar-se que aquela apenas deve constituir um ponto de partida, não retirando qualquer margem de liberdade e de conformação ao TJUE, no que respeita à seleção e aplicação do princípio que melhor se adegue ao contexto comunitário.

Como foi supra exposto, a propósito dos Princípios Fundamentais dos Procedimentos de Formação dos Contratos Públicos, a maioria daqueles encontra consagração no direito interno, designadamente na CRP e no CCP, mas possuem, de igual modo, origem, sentido e força comunitária, derivando das disposições do TFUE (direito comunitário originário), das Diretivas²⁸ e da estável²⁹ jurisprudência do TJUE.³⁰

Na linha do sustentado por Cláudia Viana,³¹ a existência de Diretivas comunitárias não obsta à invocação imediata dos Princípios da Contratação Pública. Afirmar a autora que “a circunstância do regime comunitário específico da contratação pública estar concretizado em diretivas não retira espaço à aplicação direta dos princípios comunitários, já que estes constituem o alicerce e a base da construção jurídica daquelas”, ficando, deste modo, bem vincado o caráter instrumental das Diretivas relativamente aos Princípios.

Por conseguinte, podemos concluir, na esteira do Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves,³² que o Direito Comunitário, definindo o sentido e alcance destes Princípios, tem como uma das suas prioridades, a salvaguarda do interesse concorrencial.

²⁶ Como sustenta CLÁUDIA VIANA, ob. cit., p.172: “A Concorrência (sã e efetiva) é, em sede de contratação pública, um resultado que se obtém através da concretização dos Princípios da Igualdade e das Liberdades Comunitárias, enquanto regras que vinculam os EM’s na sua relação com os particulares”.

²⁷ De 12 de Julho de 1957, Proc. 7/56

²⁸ Diretivas Comunitárias em matéria de Contratação Pública: Diretiva 2014/23/UE (relativa às Concessões); 2014/24/UE (Diretiva Clássica, Geral) e 2014/25/UE (relativa aos Setores Especiais).

²⁹ Diga-se, a este propósito, que os juizes do TJUE raramente mudam de opinião, conferindo segurança, confiança e certeza jurídica à comunidade, aos operadores económicos que sabem que os casos seguirão um certo rumo doravante!

³⁰ Cfr. Considerando 1 da Diretiva 2014/24/UE, no qual é bem visível o lugar central que ocupa o princípio em estudo.

³¹ CLÁUDIA VIANA, ob. cit. p.101

³² PEDRO COSTA GONÇALVES, “A integração de aspetos Concorrenciais na Contratação Pública”, 2012, p.41

Paralelamente a estes Princípios Gerais de Direito, que resultam das ordens jurídicas nacionais, o TJUE introduziu e adaptou Princípios Fundamentais específicos, autênticas “traves-mestras” e criações do Direito Comunitário da Contratação Pública, como a Igualdade de Tratamento³³ e subprincípio da não discriminação em razão da nacionalidade, as Liberdades de Circulação³⁴, o Reconhecimento Mútuo³⁵, Tutela Jurisdicional Efetiva³⁶, Imparcialidade³⁷, Transparência³⁸, Publicidade³⁹, Proporcio-

³³ Este princípio exige que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, exceto se tal tratamento seja objetivamente justificado.

Assim, a entidade adjudicante deverá adotar a mesma conduta para todos os concorrentes e candidatos, não permitindo que aquele tome medidas discriminatórias que possam beneficiar ou prejudicar injustificada e ilegitimamente qualquer ou quaisquer deles. Em suma, os concorrentes deverão estar numa posição de igualdade no momento da apresentação das suas propostas e no momento em que estas serão avaliadas pela entidade adjudicante.

³⁴ Livre circulação de mercadorias, de pessoas (livre circulação de trabalhadores e direito de estabelecimento), de serviços (Direito de Estabelecimento e livre prestação de serviços) e capitais — art.º 45.º ss do TFUE.

³⁵ 24 Cfr. Art.º 67.º/4, 81.º e 82.º do TFUE

³⁶ Cfr. Art.º 19.º/1 do TUE, os art.º 20.º e 268.º/4 e 5 da CRP e o art.º 2.º do CPTA

³⁷ Segundo este princípio, veda-se à entidade adjudicante, que toma a iniciativa (pública) de lançar o procedimento, situações objetivas que sejam suscetíveis de colocar em causa a sua isenção em relação a qualquer dos concorrentes. Acresce que, a entidade adjudicante tem o dever de ponderar todos os interesses públicos e privados que sejam mibilizáveis para sustentar a sua decisão. Deste modo, ocorrerá a violação deste princípio, sempre que ocorram procedimentos que contenham o risco de consubstanciarem atuações parciais, independentemente da demonstração efetiva de ter ocorrido uma conduta destinada a favorecer alguns concorrentes, em detrimento de outros (cfr. Ac. TCAN, de 01.04.2011). De acordo com o Ac. STA de 25.03.2009, não ofende este Princípio e os Princípios da Igualdade, Concorrência e Transparência, a participação de um ODP como concorrente, num concurso para prestação de serviços a uma entidade adjudicante que é uma das entidades associadas daquele organismo.

Nas palavras do douto Tribunal: “Com efeito, constitui salvaguarda suficiente daquele princípio, atribuir relevância invalidante apenas às concretas violações do princípio que se demonstrarem efetivamente”.

³⁸ Este princípio é promovido pela regra da desmaterialização total e obrigatória dos procedimentos pré-contratuais.

A Transparência implica, desde logo, a publicação do anúncio do Concurso no JOUE, no caso de se tratar de um Concurso Público Internacional, cujo valor do contrato se situe acima dos limiares comunitários.

No que respeita ao modelo de avaliação concebido e fixado nas peças pela entidade adjudicante, este deverá permitir, aos interessados, retirar dele as informações necessárias no sentido de apurar o *quid* que as entidades adjudicantes terão em consideração no momento da avaliação da sua proposta, designadamente o “peso” e a “medida” que está adstrita ao critério de adjudicação escolhido pela entidade adjudicante.

Acresce ao exposto que, mediante a concretização deste Princípio, visa-se que uma empresa situada noutro EM tenha acesso, através da publicação de um Anúncio suficientemente acessível, às informações adequadas relativas ao contrato, antes de este ser adjudicado, de modo a que, se essa empresa o desejar, possa manifestar o seu interesse na obtenção desse contrato. Quanto maior seja o interesse despertado por esse contrato para os potenciais concorrentes, maior deverá ser a sua divulgação.

³⁹ No caso de um Procedimento Concursal, este deverá ser publicitado mediante Anúncio no Diário da República, caso se trate de um Concurso Público sem Publicidade Internacional, cujo valor do contrato se situe abaixo dos limiares comunitários (135.000 eur para o Estado, 209.000 eur para as restantes entidades adjudicantes, no caso de Aquisição de Bens e Serviços, e 5.225.000 eur no caso de Empreitadas de Obras Públicas) — cfr. também art.º 4.º da Diretiva “clássica”.

nalidade e, o que mais importa para o nosso estudo, o Princípio da Concorrência, formando um corpo sistemático de princípios comunitários que servem de sustento autónomo das suas decisões.

Acresce ao exposto que, tem sido bem visível, ao longo dos últimos tempos, a importância crescente que a *soft law* tem vindo a exercer sobre a aplicabilidade destes princípios, na medida em que apesar da ausência de eficácia vinculativa, ganha manifestos efeitos práticos com base em Princípios Gerais do Direito como a Boa – Fé e Confiança dos destinatários. Exemplos práticos do que acabámos de referir são o “*Livro Verde sobre PPP’s e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões*” e as mais diversas *Comunicações Interpretativas da Comissão*.⁴⁰

Estes princípios, densificados não só, mas sobretudo, nas Diretivas Comunitárias da Contratação Pública, deverão aplicar-se independentemente da eventual não aplicação, *in casu*, das Diretivas supra referidas, em razão do objeto contratual ou do valor do contrato (que fica aquém dos limiares comunitários). Neste sentido, tal aplicação decorre, essencialmente, da forte ligação destes princípios ao TFUE.⁴¹

O que afirmamos está bem patente no Acórdão *Telaustria*⁴², do TJUE, conjugado com a Comunicação da Comissão de 13.11.2007, afirmando-se que “ aos contratos não previstos nas Diretivas Comunitárias ou cujo valor não ultrapasse o limiar fixado em cada uma delas, aplicam-se as normas do TFUE (sobretudo, as normas destinadas a salvaguardar as liberdades comunitárias) e os princípios estruturantes da Contratação Pública, desde que tais contratos “tenham um interesse transfronteiriço certo”⁴³, se-

Caso o valor do contrato ultrapasse os limiares referidos, presume-se que o contrato adquiriu um interesse transfronteiriço, dando ser o anúncio do Procedimento publicitado no Jornal Oficial da União Europeia.

Sucedem porém que, casos há, designadamente relativos a questões confidenciais e de carácter secreto, relacionadas com o segredo comercial e dos negócios, que podem não ser publicitadas certas informações, na medida em que a divulgação de tais informações seria contrária ao interesse público, prejudicando os interesses comerciais de empresas ou a concorrência leal entre os fornecedores. Nestes casos, a entidade adjudicante deverá garantir a confidencialidade e o direito ao respeito dos segredos de negócios em relação a informações contidas nos processos que lhes sejam transmitidas pelas partes em causa. (art.º 21.º da Diretiva 2014/24/UE) — cfr. Ac. *Varec* do TJ, Proc. C-450/06.

⁴⁰ V.g. JO, 29.4.2000; COM, 30.4.2004; JO, 12.4.2008; JO, 1.8.2006

⁴¹ O Tribunal de Justiça da União Europeia (Ac. *Telaustria* — Proc. 324/98; *Parking Brixen* — Proc. n.º C — 458/03 e *Coname* — -231/03), sustenta que os princípios fundamentais na adjudicação de contratos públicos com valores inferiores aos limiares comunitários pelos Estados Membros, devam ser cumpridos, sempre que estes tenham uma importância relevante para o mercado interno.

⁴² Neste célebre acórdão em que estava em causa um contrato excluído do âmbito de aplicação das diretivas (em razão do objeto — Concessão de Serviço Público), o TJUE entendeu que, das regras do Tratado e dos Princípios da Não Discriminação e da Igualdade, resultava “uma obrigação de transparência” para as entidades adjudicantes, no sentido de “garantir a todos os stakeholders e potenciais concorrentes, um nível de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação”.

⁴³ Em função do valor expectável do contrato, da localização, da tecnicidade, etc..

Vide também, neste sentido, o Ac. *Serrantoni* do TJUE, Proc. C-376/08, no qual se fixa um critério delimitativo no que respeita à aplicação de procedimentos concorrenciais. Neste sentido, apenas quando comprovada a existência de um “interesse transfronteiriço certo”, é que se poderá impor à entidade adjudicante a aplicação de Procedimentos Concorrenciais com base nos Princípios Gerais do Tratado.

jam relevantes para o mercado interno, apresentando um interesse potencial para os operadores económicos situados noutros Estados-Membros.

Neste sentido, veio o Acórdão *Secap*⁴⁴, estender aquele entendimento ao próprio regime dos procedimentos pré-contratuais. O TJUE argumentou, tendo como objeto um contrato não sujeito às Diretivas, que era ofensivo dos Princípios Comunitários, um corpo legislativo que previsse a exclusão automática de propostas de preço anormalmente baixo⁴⁵, quando o n.º de propostas válidas fosse superior a cinco, com base em critério puramente matemáticos, não permitindo à entidade adjudicante verificar o conteúdo dessas propostas, solicitando os respetivos esclarecimentos aos concorrentes.⁴⁶

Assinale-se, a este propósito, o entendimento do Tribunal de Contas⁴⁷, onde mais uma vez fica expressa a ideia que, apesar das regras de formação dos contratos, previstas na parte II do CCP, não se aplicarem a contratos a celebrar pelos Hospitais E.P.E de valor inferior aos limiares comunitários supra melhor descritos, “são inteira-

⁴⁴ TJUE, de 15.5.2008, Procs. 147/06 e 148/06

⁴⁵ De acordo com o art.º 71.º do CCP, quando o preço base for fixado no caderno de encargos, considera-se que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo quando seja: a) 40 % ou mais inferior àquele, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada de obras públicas;

b) 50 % ou mais inferior àquele, no caso de se tratar de um procedimento de formação de qualquer dos restantes contratos.

Quando o caderno de encargos não fixar o preço base, bem como quando não se verificar qualquer das situações previstas no n.º 3 do artigo 115.º, no n.º 2 do artigo 132.º e no n.º 3 do artigo 189.º, o órgão competente para a decisão de contratar deve fundamentar, para os efeitos do disposto no número seguinte, a decisão de considerar que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo.

Nenhuma proposta pode ser excluída com fundamento no facto de dela constar um preço total anormalmente baixo sem antes ter sido solicitado ao respetivo concorrente, por escrito, que, em prazo adequado, preste esclarecimentos justificativos relativos aos elementos constitutivos da proposta que considere relevantes para esse efeito.

Deste modo, a aplicação da regra da exclusão automática das propostas anormalmente baixas aos contratos com *um interesse transfronteiriço certo* pode privar os operadores económicos dos outros Estados-Membros da possibilidade de concorrerem mais eficazmente com os operadores implantados no Estado-Membro em causa e afeta, desse modo, o seu acesso ao mercado desse Estado, prejudicando assim o exercício da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços,

Tal facto constitui uma restrição a essas liberdades, constituindo uma discriminação indireta, prejudicando os agentes económicos de outros EM’s, que tendo estruturas de custos diferentes, podendo beneficiar de economias de escala substanciais ou ambicionando reduzir as suas margens de lucro para mais eficazmente acederem ao mercado em causa, poderão apresentar uma proposta séria, competitiva, credível, concorrente e fiável que a entidade adjudicante, no entanto, não poderia admitir.

Cfr., neste sentido, o Ac. do STA de 21.06.2011, Proc. 0250/11, Ac. do TCAS de 23.11.2011, Proc. 07972/11

⁴⁶ Com base nesse acórdão, afirma-se que o anúncio de concurso ou o convite para a apresentação de propostas devem especificar as modalidades de apresentação das justificações e indicar as justificações eventualmente necessárias para que as propostas sejam admissíveis.

Ainda segundo o referido aresto, “Quando a apreciação das justificações não for suficiente para excluir a incongruência da proposta, o proponente é convidado a completar os documentos comprovativos e só se poderá decidir pela exclusão depois de ser levada a cabo uma nova verificação, com debate contraditório”.

Em suma, neste acórdão fica bem patente a aplicação do Princípio da Igualdade de Tratamento mesmo a contratos cujo valor fica aquém dos limiares comunitários de aplicação das Diretivas Comunitárias.

⁴⁷ Ac. TdC 31/2011, 03.05.2011, 1ª S/SS, Proc. n.º 587/2011

mente aplicáveis os Princípios Gerais da atividade administrativa, as normas do CPA que concretizam preceitos constitucionais e, eventualmente, as normas constantes desse código”.⁴⁸

Deste modo, reforça-se a ideia, já supra exposta a propósito do Ac. *Telaustria*⁴⁹ que, em regra, os procedimentos adjudicatórios adotados devem ter como elemento fundamental a prévia publicitação da vontade de contratar, de modo a garantir o acesso ao procedimento de todos os eventuais interessados em concorrer.

Neste caso, a celebração de um contrato de EOP, através de um procedimento fechado⁵⁰, restritivo da concorrência (de convite a cinco operadores económicos), com

⁴⁸ Cfr. art.º 5.º/6 do CCP

⁴⁹ Afirma-se neste aresto que, pese embora os contratos em questão estejam excluídos do âmbito das Diretivas Comunitárias da Contratação Pública, “as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular”. Este princípio implica, necessariamente, um dever de transparência que faculta à entidade adjudicante garantir que o referido princípio é respeitado. Esta obrigação consiste em “garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos, bem como o controlo de imparcialidade dos processos de adjudicação”.

⁵⁰ Para a formação de contratos públicos, devem ser usados procedimentos que promovam o mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos nela interessados.

No entanto, existem exceções específicas, obrigatoriamente fundamentadas, à utilização de procedimentos abertos e concorrenciais, situações procedimentais mais ágeis e flexíveis subtraídas às regras da concorrência, em que não se justifica ou não é possível desdenvolvê-los.

O perigo da escolha destes procedimentos, para a promoção da concorrência, reside, desde logo, no facto de a coberto da escolha do convidado ser mais “segura” por ser “conhecido”, nada garante que, estando a “fechar as portas” do mercado público a outros operadores económicos, não perca a possibilidade de obter, em mercado aberto e concorrencial, ganhos qualitativos na relação preço/qualidade e na qual o fator preço possa ser substancialmente inferior ao que foi contratado em procedimentos anteriores.

Ainda assim, mesmo quando os procedimentos típicos não sejam aplicáveis, a entidade pública está adstrita à observância de práticas de contratação que salvaguardem a concorrência, como seja uma publicitação adequada e prévia à adjudicação, da intenção de contratar, visando que os eventuais interessados em concorrer, possam manifestar o seu interesse em “vir a jogo”. Apenas com esta via se garantirá a observância do Princípio da Concorrência, Igualdade e Transparência.

Acresce que, “sempre que a lei estabeleça exceções aos procedimentos concorrenciais mais abertos, deve-se procurar sempre a máxima salvaguarda do princípio da concorrência, admitindo a realização de procedimentos fechados apenas quando não haja alternativa concorrencial possível” (cfr. Ac. TdC 31/2011 — 1.S/SS, de 03.05.2011 e Ac. TdC 07/2011, 1.ªS/SS Proc. 1809/2010).

O Ajuste Direto é o procedimento mediante o qual a entidade adjudicante convida a apresentar proposta, as poucas empresas que livremente escolhe, excluindo quem não tenha sido convidado, privilegiando-se certos operadores económicos e em que não se garante o mais amplo acesso ao procedimento dos interessados em contratar e em que não se estimula a máxima auscultação do mercado.

O Ajuste Direto, atento o seu cariz *excepcional* e sob pena de utilização abusiva desta figura procedimental para contornar a publicação de anúncios de concurso e colocar eu causa o objetivo da concorrência, pode ser o procedimento a adotar, apenas nas seguintes situações devidamente justificadas:

- 1) Nos casos de *Ajuste Direto Simplificado* — art.º 128.º ss do CCP — No caso de se tratar de procedimento para a formação de um contrato de Aquisição ou Locação de Bens Móveis ou de Aquisição de Serviços e cujo preço contratual seja igual ou inferior a 5.000 euros, poderá ser feita a adjudicação sobre fatura, dispensando as restantes formalidades do Procedimento.
- 2) Nos casos de *Ajuste Direto* segundo o *Critério Financeiro* — art.º 19.º a); 20.º a) e 21.º a) — Para

a formação de EOP, poderá ser realizado Ajuste Direto até 150.000 euros. Para a formação de Aquisições de Bens e Serviços, o limiar situa-se nos 75.000 euros.

NOTA: Os limiares referidos serão aplicados, de acordo com o novo CCP, brevemente em vigor e que transporá as Diretivas Comunitárias de 2014, ao “novo” Procedimento “mini-concursal”, de concorrência limitada, designado de Consulta Prévia a três entidades e que consubstancia uma consulta a esses operadores e não ao mercado.

Este “novo” procedimento surge na sequência de um debate de fundo em que se reivindicava a promoção adicional da concorrência, mediante a redução dos limiares de adoção do ajuste direto.

Tal solução foi liminarmente rejeitada pela Revisão do CCP, emergindo este “artifício terminológico”, verdadeiro simulacro de um procedimento concorrencial.

Sendo assim, para o novo Ajuste Direto, com convite a apenas uma entidade, aplicar-se-ão os seguintes limiares: 20.000 euros para a Aquisição de Bens e Serviços e 30.000 euros para as Empreitadas.

- 3) Ajuste Direto segundo *critérios materiais*, independentemente do valor do contrato a celebrar — art.º 24.º a 27.º do CCP e art.º 32.º da Diretiva 2014/24/UE

Enumeramos alguns casos típicos, *independentemente do tipo contratual*: (art.º 24.º CCP)

a) Os “motivos de aptidão técnica, artística ou relacionados com proteção de direitos exclusivos” quando essa aptidão, essencial à realização da prestação seja apenas detida por um único prestador. Nestes casos, não há lugar à abertura à concorrência, na medida em que esta não faz sentido, por não existir senão um fornecedor tecnicamente apto a prestar o serviço — art.º 24.º e) do CCP.

Nestes casos, tem de se precisar porque é que no caso concreto a adjudicação de um contrato a outras empresas era necessariamente desaconselhada por motivos técnicos que, por isso, tornavam imperiosa a adjudicação àquele co-contratante (cfr. Ac. Comissão vs Alemanha do TJUE, de 10.04.2003).

No Ac. *Comissão vs Itália* do TJ, de 18.05.1995, Proc. C-57/94, afirma-se que sobre a entidade adjudicante não impedia apenas o ónus de provar a existência de “motivos técnicos” na aceção desta disposição, como também demonstrar que esses fundamentos tornavam absolutamente necessária a adjudicação direta da empreitada em questão. Neste sentido, não se demonstrou que as alegadas dificuldades originadas por interferências técnicas não teriam podido ser superadas se a empreitada fosse adjudicada a um operador económico diferente daquele que já estava encarregado da obra.

Neste sentido, cfr. também o Ac. *Comissão vs Itália* do TJUE, Proc. C-385/02. No caso, a entidade adjudicante pretendeu dar resposta a exigências técnicas relativas à execução da totalidade das obras por um único adjudicatário. A execução por lotes de trabalhos unitários levanta frequentemente problemas de compatibilidade de execução e, por isso, dificuldades no caso de destruição ou deterioração das obras, para averiguar as responsabilidades respectivas pelos prejuízos daí decorrentes.

Já no Ac. *Sacchi* do TJ, Proc. 155/73, se discutia se a existência de uma empresa que monopoliza as mensagens publicitárias televisivas não é, por si só, contrária ao princípio da livre circulação de mercadorias, tal empresa violaria este princípio sempre que discriminasse a favor de materiais e produtos nacionais. Nele se afirma que circunstância de uma empresa de um Estado-membro beneficiar do direito exclusivo de difundir mensagens publicitárias televisivas não é, em si mesma, incompatível com a livre circulação dos produtos cuja venda as mesmas mensagens visam promover.

A situação configurar-se-ia de modo diferente se o direito exclusivo fosse utilizado para favorecer, no seio da Comunidade, determinados canais de comercialização ou determinados operadores económicos em detrimento de outros.

Em suma, nada no Tratado obsta a que os Estados-membros, por considerações de interesse público, de carácter não económico, subtraíam as emissões televisivas, incluindo as emissões por cabo, ao jogo da concorrência, concedendo o direito exclusivo de realizar tais emissões a uma ou várias entidades. No entanto, estas entidades permanecem submetidas à proibição de não discriminação (cfr. também o Ac. *Elliniki* do TJ de 18.06.1991)

b) 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, *impu-*

total ausência de justificação de um juízo de inadequação e inviabilidade da adoção,

táveis à entidade adjudicante — art.º 24.º c) do CCP

Cfr. Ac. TJUE *Comissão vs Itália* Proc. C-385/02 — Neste acórdão, abordaram-se considerações a nível organizativo, de ordem puramente interna, da entidade adjudicante e que não se subsumiam no conceito de *especial urgência* insito no presente artigo.

Para que haja *especial urgência*, exige-se que aquela seja *categorica*, “imposta por uma situação que não poderá deixar de ocorrer com rapidez”. Trata-se, pois, de uma situação *impreterível* em que a prestação não poderá ser adiada, sob pena de não ser mais possível a sua realização ou que a sua não realização imediata virá a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação. (cfr. Ac. TdC de 08/2011 de 12 de Abril, 1.ªS/SS) Por *acontecimentos imprevisíveis*, devemos entender as “*situações que surgem de forma inopinada e que um normal decisor, colocado na posição de um real decisor, não seja capaz de prever e de prevenir.*” (. (cfr. Ac. TdC de 08/2011 de 12 de Abril, 1.ªS/SS)

Verifica-se no Ac. TJUE *Comissão vs Itália* Proc. C-385/02, que a entidade adjudicante estava em condições de poder prever o aumento do risco de inundações, facto que impedia a subsunção dos factos na ausência de *imputabilidade* da entidade adjudicante no que concerne aos acontecimentos imprevisíveis.

Cfr. Ac. 8/2011 do TdC — Conclui o Tribunal que “só a absoluta impossibilidade de cumprimento dos prazos associados aos citados procedimentos, motivou a adoção do procedimento de ajuste direto”.

c) Em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta, e desde que o caderno de encargos e, se for o caso, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira não sejam substancialmente alterados em relação aos daquele concurso — art.º 24.º a)

d) Em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento — art.º 24.º b)

e) As prestações que constituem o seu objeto se destinem, a título principal, a permitir à entidade adjudicante a prestação ao público de um ou mais serviços de telecomunicações — art.º 24.º d)

f) Nos termos da lei, o contrato seja declarado secreto ou a respetiva execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigir — art.º 24.º f)

No que respeita a *EOP*, podemos adotar o *Ajuste Direto por Critérios Materiais* nos seguintes casos do art.º 25.º CCP:

Se trate de *novas obras* que consistam na *repetição de obras similares* objeto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante, desde que: i) Essas obras estejam em conformidade com um projeto base comum; ii) Aquele contrato tenha sido celebrado, há menos de três anos, na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação; iii) O anúncio do concurso tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia, no caso de o somatório do preço base relativo ao ajuste direto e do preço contratual relativo ao contrato inicial ser igual ou superior ao valor referido na alínea b) do artigo 19.º; e iv) A possibilidade de adoção do ajuste direto tenha sido indicada no anúncio ou no programa do concurso;

Se trate de obras a realizar apenas para fins de *investigação, de experimentação, de estudo ou de desenvolvimento*, desde que: i) A realização dessas obras não se destine a assegurar a obtenção de lucro ou a amortizar os custos dessas atividades; e ii) O preço base relativo ao ajuste direto seja inferior ao referido na alínea b) do artigo 19.º; c) Se trate de realizar uma obra ao abrigo de um acordo quadro, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 258.º

No que respeita à celebração de contratos de *Locação ou Aquisição de Bens Móveis* na sequência de Procedimento por *Ajuste Direto por Critérios Materiais*, temos as seguintes situações do art.º 26.º CCP:

Se trate de bens destinados à substituição parcial ou à ampliação de bens ou equipamentos de específico uso corrente da entidade adjudicante, desde que o contrato a celebrar o seja com a entidade com a qual foi celebrado o contrato inicial de locação ou de aquisição de bens e a mudança de fornecedor obrigasse a entidade adjudicante a adquirir material de características técnicas diferentes,

em concreto, de um procedimento aberto⁵¹ e competitivo, constitui uma violação dos

originando incompatibilidades ou dificuldades técnicas de utilização e manutenção desproporcionadas;

Se trate de bens produzidos ou a produzir apenas para fins de investigação, de experimentação, de estudo ou de desenvolvimento, desde que tais bens não sejam produzidos em quantidade destinada a assegurar a viabilidade comercial dos mesmos ou a amortizar os custos daquelas atividades;

Se trate de adquirir bens cotados numa bolsa de matérias-primas;

Se trate de adquirir bens, em condições especialmente mais vantajosas do que as normalmente existentes no mercado, a fornecedores que cessem definitivamente a sua atividade comercial, a curadores, liquidatários ou administradores da insolvência ou de uma concordata ou ainda no âmbito de acordo judicial;

Se trate de locar ou de adquirir bens ao abrigo de um acordo quadro, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 258.º;

Se trate de adquirir água ou energia, desde que a entidade adjudicante exerça a atividade de colocação à disposição, de exploração ou de alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de, respetivamente, água potável ou eletricidade, gás ou combustível para aquecimento.

Por fim, no que concerne à formação de contratos de Aquisição de Serviços, podemos adotar o *Ajuste Direto por Critérios Materiais*, nos seguintes casos: (art.º 27.º)

a) Se trate de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares objeto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante, desde que: i) Esses serviços estejam em conformidade com um projecto base comum; ii) Aquele contrato tenha sido celebrado, há menos de três anos, na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação; iii) O anúncio do concurso tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia, no caso de o somatório do preço base relativo ao ajuste direto e do preço contratual relativo ao contrato inicial ser igual ou superior ao valor referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º; e iv) A possibilidade de adoção do ajuste direto tenha sido indicada no anúncio ou no programa do concurso;

b) A natureza das respetivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual ou a serviços financeiros indicados na categoria 6 do anexo II-A da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, e desde que a definição quantitativa, no âmbito de um procedimento de concurso, de outros atributos das propostas seja desadequada a essa fixação tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida;

c) Se trate de serviços relativos à aquisição ou à locação, independentemente da respetiva modalidade financeira, de quaisquer bens imóveis, ou a direitos sobre esses bens, salvo os contratos de prestação de serviços financeiros celebrados simultânea, prévia ou posteriormente ao contrato de aquisição ou de locação, seja qual for a sua forma;

d) Se trate de serviços de arbitragem e de conciliação;

e) Se trate de serviços de investigação e de desenvolvimento, com exceção daqueles cujos resultados se destinem exclusivamente à entidade adjudicante para utilização no exercício da sua própria atividade, desde que a prestação do serviço seja inteiramente remunerada pela referida entidade adjudicante;

g) O contrato, na sequência de um concurso de conceção, deva ser celebrado com o concorrente selecionado ou com um dos concorrentes selecionados nesse concurso, desde que tal intenção tenha sido manifestada nos respetivos termos de referência e de acordo com as regras neles estabelecidas;

Se trate de adquirir serviços ao abrigo de um acordo quadro, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 258.º.

⁵¹ Neste tipo de Procedimentos, qualquer interessado poderá apresentar uma candidatura ou uma proposta, independentemente de a Entidade Adjudicante, em sede de Qualificação, apreciar as qualificações técnicas e financeiras do candidato, visando assegurar uma efetiva execução do contrato.

três grandes princípios que atualmente moldam o regime da contratação pública em todas as suas dimensões (Princípio da Igualdade, da Concorrência e da Transparência, resultantes dos Tratados Europeus e da Constituição e Lei portuguesa) e dos art.º 1.º, n.º 4 e 5.º, n.º 6, do Código dos Contratos Públicos (CPP). Isto porque só um processo adstrito a uma dimensão concorrencial efetiva, de modo a salvaguardar o Princípio da Igualdade e da Transparência, poderá concretizar e materializar o interesse público subjacente à Contratação Pública.

Assim, a decisão de que um certo contrato deverá ficar, excepcionalmente, subtraído às regras da concorrência, tem de ser efetuada em função das circunstâncias concretas de cada caso e fundamentada numa justificação clara e aceitável à luz dos Princípios já referidos, devendo ser demonstrado que o recurso a uma solução concorrencial não era possível.

No entanto, comungando da douta opinião do Professor Doutor Rodrigo Esteves de Oliveira⁵², esta leitura do TJUE acerca da aplicação dos Princípios Comunitários da Contratação Pública aos contratos excluídos do âmbito de aplicação das diretivas, pode gerar incerteza e insegurança jurídica⁵³, entendimento partilhado por Sue Arrowsmith.⁵⁴

Pese embora possamos aceitar, parcialmente, a posição teórica do TJUE, a sua aplicação prático-concreta deve ficar reservada para os casos manifestamente mais gravosos, flagrantes e ostensivos de violação daqueles princípios.

⁵² RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, Ob. Cit., p. 62

⁵³ Vide a este propósito Ac.TG, 20.05.2010, T-258/06

⁵⁴ SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, p.197

O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA

Atualmente, este princípio fundamental assume grande relevância na sua dimensão normativa, em vários diplomas da União Europeia⁵⁵ e na legislação interna⁵⁶ (CCP) que o convocam à luz do objetivo da *concorrência efetiva*⁵⁷ na contratação públi-

⁵⁵ 32 Cfr., a título exemplificativo: art.º 18.º, 2.º parágrafo da Diretiva “clássica”, que considera que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.

⁵⁶ Art.º 1.º/4 do CCP que refere que “À Contratação Pública são especialmente aplicáveis os princípios da Transparência, da Igualdade e da Concorrência”.

Nota: Com a entrada em vigor do novo CCP, este artigo será revogado, dando lugar a um artigo novo (art.º 1-A), no qual se verificará um alargamento do leque de Princípios Gerais, mantendo-se elencado o Princípio da Concorrência. Refira-se que nesta nova disposição normativa, o n.º 2 previrá a obrigação/dever de as entidades adjudicantes assegurarem que os operadores económicos respeitam as normas em matéria social, laboral ou ambiental, nomeadamente, prevenindo práticas restritivas da concorrência.

⁵⁷ Vide Ac. TJ de 7-10-2004, Sintesi, Proc. C — 247/02 — Discutiu-se, neste aresto, se o facto de se deixar à entidade adjudicante a livre escolha entre o Critério de Adjudicação do Preço Mais Baixo e o da Proposta Economicamente Mais Vantajosa, porá em causa o Princípio da Livre Concorrência, sendo que no caso estaríamos perante uma norma que impunha, às entidades adjudicantes, o recurso exclusivo ao critério do mais baixo preço, constituindo um obstáculo à seleção da melhor proposta possível.

Ora, o TJ referiu que, para efeitos de garantir uma sã e efetiva concorrência de mercado entre os operadores económicos, é, em princípio, indiferente que a entidade opte por qualquer um dos dois critérios de adjudicação legalmente previstos. Importa sim, no entendimento do Tribunal, que os critérios de adjudicação estejam clara e inequivocamente mencionados no Anúncio do Concurso, publicitando, adequadamente, o procedimento e que sejam aplicados de modo objetivo, transparente e não discriminatório.

Acresce que, para satisfazer o objetivo do desenvolvimento de uma concorrência efetiva, deve ser assegurado um n.º suficiente de candidatos que sejam admitidos à apresentação de propostas, de modo a que a entidade adjudicante esteja em condições de comparar diferentes propostas e optar pela mais vantajosa com base em critérios objetivos (cfr. também Ac. Fracasso do TJ, Proc. C-27/98).

O Princípio da Concorrência foi densificado pela advogada-geral, Stix—Hackl, que, nas conclusões apresentadas, destacou três funções essenciais a desempenhar pelo princípio de concorrência no contexto da contratação pública:

i) O princípio visa as relações entre as empresas, isto é, os concorrentes ou proponentes, pretendendo-se que exista entre estes uma concorrência paralela no que se refere ao pedido de fornecimento;

ii) O princípio diz respeito à relação entre as entidades adjudicantes que devam ser qualificadas como empresas e as empresas, em particular ao comportamento de uma entidade adjudicante com uma posição dominante no mercado relativamente às empresas, ou ao de uma empresa em posição dominante no mercado para com a entidade adjudicante e à apreciação deste comportamento à luz do artigo 102.º do TFUE;

iii) O princípio tem por objetivo proteger a concorrência do ponto de vista institucional.

Como se refere nas mesmas conclusões, constituem manifestações concretas do princípio de concorrência, os preceitos sobre o caderno de encargos, principalmente as especificações técnicas, os preceitos acerca da aptidão dos empreiteiros, bem como os relativos aos critérios de adjudicação.

Por outro lado, a fim de assegurar a concorrência, é necessário um padrão mínimo de transparência que se traduz numa série de obrigações em matéria de publicidade.

ca, assumindo-se como Princípio Geral de Direito Comunitário, embora não exclusivo do Direito da Contratação Pública.

O Princípio da Concorrência é, efetivamente, citando o Professor Doutor Rodrigo Esteves de Oliveira⁵⁸ “a verdadeira *trave-mestra* da Contratação Pública, uma espécie de *umbrela principle*”, um princípio-tronco⁵⁹ que conforma e enforma os restantes, um princípio cardinal da ordem jurídica, que “*confere unidade de sentido às soluções ao CCP*”.⁶⁰

Deste modo, enquanto princípio axilar e central da contratação pública nacional e comunitária, ele tem a propriedade e a capacidade de “contagiar” os restantes, designadamente o Princípio da Igualdade de Tratamento (do qual deriva o Princípio da Concorrência), que visto à luz do Princípio da Concorrência, se “converte” em Princípio da “Igualdade Concorrencial”. Dito de outro modo, a inobservância do Princípio da Igualdade dita a não materialização do princípio da Concorrência. Ou melhor ainda, nas palavras de MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA⁶¹, “*A par do Princípio da Concorrência, muitas vezes sobreposto, outras vezes para o garantir, aparece-nos o Princípio da Igualdade a dominar os procedimentos adjudicatórios (...)*”.

Estando ambos os princípios intimamente ligados entre si, qualquer ato violador do Princípio da Igualdade, comprometerá, irremediavelmente, uma livre e sã concorrência.

Podemos afirmar, na esteira do Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves⁶², que o Princípio da Concorrência, funciona, na Contratação Pública, num plano procedimental e não material, como cânone ou critério normativo que, em respeito ao Princípio da Igualdade⁶³, adstringe a entidade adjudicante a usar procedimentos abertos, competitivos, concorrenciais, que confirmam aos interessados, operadores económicos, iguais condições de acesso e participação e iguais condições de tratamento.⁶⁴

O respeito devido ao Princípio da Igualdade de Tratamento entre concorrentes, vincula as entidades adjudicantes a submeter a procura ao mercado concorrencial e competitivo.⁶⁵

Também a obrigação da entidade adjudicante de fixar previamente os critérios de adjudicação e de os respeitar se destina a garantir a efetiva concorrência. Em contrapartida, em certos casos, é necessário, para assegurar a concorrência, que certas informações referentes a uma das empresas não sejam divulgadas a outras. Assume ainda relevância em matéria de concorrência a participação num processo de adjudicação das empresas que tenham tomado parte na fase de preparação desse processo.

⁵⁸ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, Ob. cit., p. 67

⁵⁹ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, 2016, p.184

⁶⁰ Cfr. RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime da Contratação Pública à luz do Princípio da Concorrência”, em CJA, n.º 69, CEJUR, p. 6

⁶¹ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa, 1998, Almedina, pp.116/117

⁶² Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Direito dos Contratos Públicos”, Almedina, 2016, p.130

⁶³ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “A integração de aspetos concorrenciais na contratação pública”, 2012, p.489, que afirma que “a concorrência surge como um instrumento ao serviço dos Princípios da Igualdade de Tratamento e da não discriminação”

⁶⁴ Art.º 18.º/1, 2.º parágrafo da Diretiva 2014/24/UE

⁶⁵ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2016, p.129

A propósito da relação instrumental deste princípio com o princípio da igualdade de tratamento, refere Hermes⁶⁶, que este princípio “*representa um padrão ou fator de vinculação de atuação da entidade adjudicante, por força das considerações ligadas ao Princípio da Igualdade*”.

No que respeita ao seu fundamento, podemos afirmar que este princípio baseia a sua força no respeito pelo mercado concorrencial e na promoção e tutela da concorrência plena, sã e leal.

Neste sentido, ele integra uma conotação e um sentido ambivalente, na medida em que reivindica, simultaneamente, a maior concorrência possível (Princípio do *Favor Participationis*), mas apenas a sã concorrência.

Ou seja, este Princípio é muitas vezes convocado para colocar obstáculos à instituição de limites⁶⁷ à concorrência e de barreira de acesso e noutros casos surge como fundamento à instituição de limites à concorrência. Deste modo, este princípio viabilizará uma situação de sã concorrência e inviabilizará uma situação que limite, restrinja ou falseie a concorrência.

Diz-nos este Princípio, que todas as normas aplicáveis à Contratação pública deverão ser interpretadas e aplicadas de modo favorável à convocação e participação nos procedimentos pré-contratuais do maior n.º de interessados, evitando-se, sempre que possível, exclusões por motivos de ordem meramente formal.

Nas palavras de Ana Fernanda Neves, “*O princípio da concorrência tutela os interesses relativos ao acesso aos mercados públicos e o interesse público na contratação ótima. Postula a realização de procedimento pré-contratual, ainda que exista outra entidade adjudicante com interesse na adjudicação, cuja participação não deve distorcer a concorrência em relação aos proponentes privados. Veda restrições injustificadas e desproporcionadas à liberdade de candidatura. Implica que nenhum obstáculo ou favor, seja introduzido nas regras de um procedimento em que há vários interessados numa vantagem pública, de molde que a escolha do co — contratante resulte do confronto juridicamente correto das respetivas propostas.*”⁶⁸

Com a mobilização deste princípio, em matéria de contratação pública, visa-se, fundamentalmente, permitir a vinda ao procedimento adjudicatório, do maior n.º possível de candidatos, em condições de igualdade, garantindo-se o mais amplo acesso e a mais ampla abertura, o que confere autonomia a este princípio, na medida em que este não tem que estar necessariamente conectado ao princípio da igualdade.

Consequentemente, quanto mais aberto, mais apelativo e atraente, competitivo e concorrencial for o procedimento, maior e será a oferta e maior será a panóplia de propostas contratuais que a entidade adjudicante terá ao seu dispor para negociar e escolher a melhor e mais otimizada solução.

⁶⁶ *Gleichheit*, p. 912

⁶⁷ Veja-se o caso hipotético, que abordaremos mais à frente, de, num concurso limitado por prévia qualificação para a contratação de serviços de segurança, a entidade adjudicante exigir como condição de participação um volume de negócios acima dos 400.000 euros!!

⁶⁸ Cfr. ANA FERNANDA NEVES, “Os Princípios da Contratação Pública”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia* — Volume II, Coimbra Editora, 2011, p.40

Assim, o enfrentamento entre concorrentes pelo acesso a este mercado, motivado pela possibilidade de obtenção de uma renda, obriga-os a melhorar as condições da sua proposta, nomeadamente o preço, qualidade e inovação do bem e/ou serviço, a fim de se distinguirem dos demais interessados e, desse modo, lograrem a celebração de contrato.

Com tudo o que acaba de ser dito, facilmente se compreende a regra da primazia que é dada aos procedimentos abertos, competitivos, concorrenciais, em detrimento de procedimentos fechados, no que respeita à formação dos contratos públicos, na medida em que aqueles promovem o mais amplo acesso à contratação de operadores económicos nela interessados.

Ou seja, neste contexto, os procedimentos concursais surgem como procedimentos — regra, que servem o desiderato fundamental da promoção e respeito pela concorrência, chamando a concorrência, provocando o mercado e os operadores económicos a competir entre si em condições de igualdade.

No entanto, seguindo o Professor Doutor Rodrigo Esteves de Oliveira⁶⁹, atualmente, torna-se duvidoso afirmar-se a primazia dos procedimentos concursais enquanto procedimentos clássicos adjudicatórios concorrenciais, tendo em linha de conta a “*paridade estabelecida pelo legislador do CCP entre o Concurso Público e o Concurso Limitado por Prévia Qualificação*”⁷⁰. Para o legislador, ambos dão conforto a este princípio, mas no Concurso Limitado, assiste-se a uma competição subjetiva, entre operadores económicos e não entre propostas (competição objetiva), ganhando e protegendo o concorrente técnica e financeiramente mais forte.

Acresce ao exposto, que a concorrência (integração do mercado europeu) não é o único objetivo que norteia os concursos. Neste sentido, como objetivos e valores administrativamente relevantes conexos aos procedimentos pré — contratuais, surgem o *Best Value for Money*⁷¹ (economicidade), a procura da melhor (mais convenien-

⁶⁹ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, Ob. cit., p.67

⁷⁰ Cfr. alíneas b) do art.º 19.º, 20.º e 21.º do CCP

⁷¹ Estes valores estão, atualmente bem expressos na Diretiva 2014/24/UE, designadamente no que concerne à previsão de fatores qualitativos, ambientais e/ou sociais que densificam o multicritério de adjudicação da *proposta economicamente mais vantajosa* e que visam aferir a melhor relação custo/eficácia e preço/qualidade, como seja a previsão do custo ciclo de vida do produto, a acessibilidade, a sustentabilidade ambiental (art.º 67.º/1 e 2 e art.º 68.º da Diretiva “clássica”).

Esta mais recente *axiologia* que norteia a Contratação Pública e que decorre da *Estratégia Europa 2020*, em conformidade com o considerando 2.º da Diretiva 2014/24, ambicionando um crescimento sustentável e inclusivo, vem, deste modo, “rivalizar” com o Princípio da Concorrência, podendo-nos questionar qual o peso e aforça, aos dias de hoje, daquele Princípio no que concerne ao seu papel de *trave mestra* e *bússola orientadora* da atuação das entidades adjudicantes e dos operadores económicos.

Certo é que o objetivo principal desta *Public Procurement* integradora de Políticas *Secundárias* (isto porque, seguindo SUE ARROWSMITH, uma específica compra em condições concorrenciais continuará a ser o objetivo principal de uma certa aquisição) e *Horizontais* e reconhecedora do papel instrumental da Contratação Pública na prossecução de certas Políticas Públicas, é a obtenção da eficiência económica, isto é, a otimização da afetação dos recursos. Isso significa assegurar um melhor resultado para a adjudicação e, por consequência, uma melhor aplicação do dinheiro público.

A consciência dessa importância tem levado ao crescimento da sua utilização estratégica para

prosseguir objetivos públicos secundários, não meramente económicos, de natureza socioeconómica, ambiental e de inovação, como se pode inferir pela atenção que lhe foi dada nas novas diretivas de 2014. Vence-se, deste modo, a tradicional *neutralidade* do Contrato Público, na medida em que se obedece a uma específica lógica de concorrência para o Contrato Público Europeu.

Neste sentido, podemos falar de uma Contratação Pública Europeia cada vez mais multifacetada, em que a construção de um mercado interno já não se assume como o único designio. Em Portugal, podemos referir MARIA JOÃO ESTORNINHO E MIGUEL ASSIS RAIMUNDO como “defensores” de novos fins que ancoram e norteiam a contratação pública, a par da Concorrência. Para este autor, não deixando de deveremos “dessacralizar”, restringir ou mesmo excluir a concorrência poderá não ser um mal *per si*, desde que tal seja compensado por outras vantagens, retiradas das considerações ambientais e sociais, diversas daquelas que da concorrência poderiam decorrer.

Quanto a nós, pese embora admitamos o cariz de essencialidade (e não de sacralização!!) da Concorrência no panorama tradicional e atual da Contratação Pública, julgamos que o critério que preside a um certa compra pública não se pode limitar apenas a uma mera racionalidade económica, que por sua vez se alcança mediante o funcionamento do princípio da concorrência, uma vez que os Estados devem zelar por outro tipo de preocupações que estão na ordem do dia e que, no caso têm implicações no presente, mas acima de tudo no futuro da própria Humanidade e que deverão justificar objetivamente o “afrouxamento” no funcionamento daquele Princípio.

Acresce que a Concorrência, não tem de ser, *per si*, inimiga da promoção e defesa de políticas horizontais, antes devendo encarar as duas realidades num espírito de concordância prática, em homenagem ao difícil contexto social, ambiental e laboral que a vivemos.

Deste modo, a contratação pública constitui um poderoso instrumento para estimular o crescimento económico, através do investimento público que viabiliza as empresas que dependem dos contratos públicos, permite que algumas destas ganhem dimensão e cria emprego. Para além disso, tais políticas visarão promover a inclusão de grupos desfavorecidos, como pessoas com deficiência e minorias étnicas, pela definição de quotas para os negócios geridos por membros destes grupos ou pela atribuição de um fator de ponderação adicional, que tenha em conta as empresas que empreguem pessoas nestas condições de desvantagem social.

Acresce que, tem vindo a ser reconhecidas as diversas potencialidades das pequenas e médias empresas (PME) nos contratos públicos, não só para aumentar a concorrência nos procedimentos, pelo acesso de mais participantes, como também para incentivar a inovação, encorajar o empreendedorismo e contribuir para a criação de empregos (*vide* a este propósito o art.º 22.º da Diretiva 24/2014, a propósito da divisão em lotes como forma de proteger e promover as PME, fomentando a concorrência com lotes mais pequenos, assim como o art.º 31.º que, ao prever um novo procedimento designado de *Parcerias para a Inovação*, visa fomentar o desenvolvimento tecnológico e a inovação).

Pese embora tudo o que foi referido, a implementação deste tipo de Políticas, assume-se suscetível de *atingir o coração* da concorrência, valor primacial e ancestral deste ramo do Direito Administrativo. Por um lado, ao se criarem critérios de adjudicação de cariz preferencialmente ambiental e social, excluem-se, logo à cabeça, operadores económicos do acesso e da participação nos procedimentos, podendo inclusive colocar-se em questão o *best value for money*, pela redução “automática” do leque de escolha; por outro lado, cria-se o risco da utilização “encapotada” destes critérios, utilizando-os, não tanto para prosseguir os fins estratégicos supra citados, antes visando o favorecimento injustificado de certos operadores económicos, distorcendo a concorrência.

Apesar de, atualmente, o legislador não ter optado por materializar o respeito pelas disposições ambientais e sociais, à forma de um verdadeiro princípio, a realidade é que optou por incluir tais preocupações no Capítulo III da Diretiva “clássica”, no “espaço” reservado às Regras Gerais e no art.º cuja epígrafe se intitula de “Princípios da Contratação”. Tal inserção, julgamos nós ser, pelo menos indiciadora da sua inclusão no elenco dos princípios que devem assistir à contratação, o que, por si só, significa que a presente Diretiva pretende reforçar a implementação das Políticas Horizontais, de cariz ambiental e social, no âmbito do espaço europeu.

Assim, o respeito pelos Princípios da “Igualdade de Tratamento”, da “Não-Discriminação”, da Transparência e da Proporcionalidade terão de se conjugar com a imposição, juridicamente vinculativa para os EM’s, do respeito pelas obrigações ambientais, sociais e laborais, tal como estabelecido no n.º 2 do artigo 18º.

te) proposta para o interesse público (com o menor custo e gasto de recursos) e a legitimação da escolha do co — contratante perante a coletividade. Ponto assente é que a realização de procedimentos concorrenciais e não discriminatórios promove a concorrência, incentivando os operadores económicos a reduzir os custos e a incrementar a eficiência, a eficácia, o bem-estar e a qualidade das prestações contratuais, tendo em vista a boa gestão financeira dos recursos públicos (boa utilização de dinheiros públicos), na prossecução do interesse público financeiro.⁷²

Em suma, o Princípio da Concorrência é UM instrumento da concretização de dois princípios: 1) Princípio da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento⁷³ dos op-

Assumindo uma dimensão negativa da concorrência, a consagração destas considerações e políticas ambientais, sociais e laborais impõe que as regras da contratação pública sejam criadas e executadas com o último e primordial fito de não originar distorções na concorrência¹. Pelo que, as disposições destinadas à implementação das políticas ambientais e sociais devem encontrar o seu horizonte na não distorção da concorrência.

ALBERT SANCHEZ GRAELLS (2015: 1) advoga, por seu turno, que o princípio da concorrência, elemento primordial da Diretiva 2014/24, impõe, por um lado, que as políticas sejam objetivamente justificáveis, conectadas ao objeto do contrato (impedindo, desde logo, a fixação arbitrária de critérios de adjudicação qualitativos pela entidade adjudicante, constituindo um obstáculo à criação de aspetos avaliativos geradores de favoritismos para certos operadores económicos, em detrimento de outros), por outro lado, que sejam estritamente proporcionais.

Segundo o autor: “*Public Procurement can only make such a contribution [to the Europe 2020 strategy] by promoting the maximum degree of competition*”.

Com uma perspetiva mais moderada julgamos estar JORGEN HETTNE (2013: 31-32), que considera que o fito máximo da contratação pública é a realização e o fortalecimento do mercado interno e da concorrência, o que implica que a introdução de novas considerações ambientais e sociais no âmbito desta nova Diretiva não se podem afigurar como um “*cheque em branco*” à contratação sustentável.

Para além da consideração e previsão deste tipo de políticas, a *Contratação Reservada*, plasmada no art.º 20.º da Diretiva 2014/24, assume-se como um bom exemplo de flexibilização concorrencial.

Assim, ss Estados-Membros podem reservar o direito a participar em procedimentos de contratação pública a entidades e a operadores económicos cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30 % dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos.

Pese embora se permita uma escolher criteriosamente os concorrentes, tal facto não afasta de todo a concorrência entre os operadores económicos que satisfaçam os requisitos exigidos.

Por último, referir que as autoridades adjudicantes podem fixar *condições especiais de execução* de um contrato desde que estas estejam conectadas com o objeto do contrato e sejam publicadas no anúncio de concurso ou nos documentos do concurso. Essas condições podem incluir considerações de natureza económica, em matéria de inovação, de natureza ambiental, de ordem social ou de emprego (art.º 70.º da Diretiva “clássica”).

⁷² Neste sentido, cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra, Coimbra Editora, p.171.

⁷³ Cfr. Ac. *Lombardini Mantovani*, do TJ, Proc. 285 e 286/99. Neste aresto se aplicou, pela primeira vez, em 2001, o Princípio da Concorrência, no contexto da Contratação Pública. aí referindo, ainda que de forma sintética, a necessidade de os processos nacionais de concurso de empreitadas de obras públicas respeitarem todos os imperativos do direito comunitário, nomeadamente os princípios de livre concorrência, de igualdade de tratamento dos concorrentes e o dever de transparência.

Segundo esta jurisprudência, aquando da existência de um *preço anormalmente* baixo, a entidade adjudicante tem de iniciar um diálogo com o concorrente de um preço suspeito, apenas o podendo excluir definitivamente quando confirmar ser totalmente insuscetível de justificação o seu preço, e

eradores económicos; 2) Princípio da Economicidade. Tal facto exige uma ponderação do legislador na primazia a dar aos diferentes valores e objetivos que gravitam na órbita deste princípio⁷⁴.

pedindo os esclarecimentos necessários, pelas vezes necessárias, enquanto não puder demonstrar a anomalia do preço.

Permite-se o critério da exclusão automática, conforme o n.º 1 do art.º 71.º do CCP, mas apenas se houver uma fórmula de permitir à entidade adjudicante a faculdade discricionária de reavaliar o próprio limiar que fixou.

⁷⁴ Veja-se, por exemplo, o caso da participação num procedimento de empresas que contribuíram para a elaboração dos documentos daquele — uma interpretação que exacerbe o valor Igualdade, tende a excluir, taxativamente, a participação, enquanto uma interpretação que salvguarde o valor da concorrência (máxima concorrência possível), tenderá para permitir a participação, exceto se se provar a existência de uma situação de vantagem que falseie as condições de igualdade entre concorrentes — cfr. Ac. *Fabricom* do TJUE de 3 de Março de 2005, Proc. C-21/03 e C-34/03, Colect. p. I-1559.

COROLÁRIOS

O PRINCÍPIO DO ACESSO PÚBLICO

Em regra, como vimos atrás, todos os Procedimentos de Contratação Pública são de Acesso Público, abertos ao mercado, aos operadores económicos.

A exceção a esta regra, emerge o Ajuste Direto⁷⁵, em que há uma decisão administrativa discricionária de “fechar” o procedimento à concorrência, convidando diretamente uma ou mais entidades à sua escolha⁷⁶, dando-se primazia ao valor “celeridade”⁷⁷. Neste último caso, saber se há ou não concorrência depende da entidade adjudicante, na medida em que o acesso processa — se por seleção/escolha da entidade adjudicante, mediante convite desta, definindo e selecionando o universo concorrencial (seleção pública da concorrência⁷⁸). Aos restantes procedimentos, Concurso Público, Concurso Limitado⁷⁹, Procedimento de Negociação e Diálogo Concorrencial, podem candidatar-se ou apresentar-se “a jogo” (no sentido de se apresentar aos procedimentos, apresentando propostas para obtenção de contratos) todos os operadores económicos que preencham as condições de acesso ou especificações técnicas previamente definidas pelas entidades adjudicantes.⁸⁰

⁷⁵ No entanto, até neste procedimento há manifestações concretas deste princípio — *vide* art.º 113.º/2 CCP

⁷⁶ Cfr. art.º 112.º CCP

⁷⁷ Significa isto, que o Princípio da Concorrência não é um fim em si mesmo, não impede soluções menos concorrenciais, desde que com fundamento legal e numa lógica de concordância prática, como ficará bem patente mais adiante quando abordarmos a *tensão* existente entre o Princípio da Concorrência e os novos valores emergentes, ambientais, sociais, laborais, decorrentes de Políticas Horizontais/Secundárias, visando a prossecução de objetivos estratégicos.

⁷⁸ As Diretivas, em matéria de exclusão de concorrentes, admitem que a entidade adjudicante verifique, em concreto, se se trata de uma situação suscetível de falsear a concorrência.

⁷⁹ É um procedimento de mais escassa utilização, na medida em que é mais moroso, no entanto é o procedimento adequado para os casos em que as entidades adjudicantes querem contratar um operador económico robusto técnica e financeiramente.

⁸⁰ *Vide*, a este propósito, o art.º 49.º/1 do CCP e o art.º 42.º/2 da Diretiva 2014/24/UE que reza: “As especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e não podem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência”. Daqui se pode inferir, tendo em consideração o potencial impacto causado nos mercados pelas compras públicas, um (Sub)Princípio do Princípio da Concorrência e que deve vincular as entidades adjudicantes: O *Princípio da Neutralidade Concorrencial da Intervenção Pública nos Mercados*.

Assim, a entidade adjudicante não poderá escolher, livremente, as especificações técnicas (características que deverá ter o bem ou serviço) do Caderno de Encargos que lhe aprovar, tendo que respeitar as exigências do art.º 49.º do CCP. (Cfr. Ac. TCAS, de 12.04.2012, Proc. 08648/12 e Ac. TdC n.º 40/2010, 1.º S/SS, de 03.11.2010).

Ou seja, as especificações técnicas deverão ser fixadas no Caderno de Encargos, de modo a permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência.

Estaremos perante casos em que são estabelecidos requisitos no Caderno de Encargos que

Acresce ao exposto que, todos os procedimentos, exceto os concursos, estão dependentes do valor de contrato ou de critérios materiais.

Significa isto que, em ordem a garantir este desiderato concorrencial, deve garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos dos interessados em contratar e, em cada procedimento, deve ser consultado o maior n.º de interessados.

Deste modo, as normas da contratação pública devem ser interpretadas no sentido mais favorável à participação do maior n.º de interessados nos procedimentos de contratação pública, não devendo haver exclusões por motivos formais.

Nas palavras do Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves⁸¹, “ (...) *há um efeito direto do Princípio da Concorrência na ordem administrativa (...)*”, na medida em que se configura como um padrão de interpretação e integração de normas específicas do CCP. Ele é, pois, convocado para justificar as decisões das entidades adjudicantes de recusar o acesso a informações que possam perturbar o valor da concorrência.

No entanto, apenas se exige da Administração a indicação dos pressupostos que autorizam a escolha de um procedimento, não se impondo exigências particulares no campo da fundamentação.

Ainda a este propósito, uma das manifestações deste subprincípio do Princípio da Concorrência reside no facto de a adjudicação se resolver, à luz da legislação ainda em vigor, em função de uma competição de propostas (*competição objetiva*)⁸² e não de uma competição entre concorrentes (*competição subjetiva*)⁸³.

levem, qualquer potencial concorrente que não preencha tais especificações, a apresentar uma proposta economicamente menos vantajosa. Nestas situações, verifica-se que a entidade adjudicante não permite que qualquer eventual concorrente participe em condições de igualdade com a empresa do setor que já disponha do bem ou serviço com aquelas específicas características.

Para que se conclua por uma manifesta e grosseira violação do Princípio da Igualdade Concorrencial, urge aferir se a especificação em causa é suscetível de, em abstrato, atentar contra o Princípio da Concorrência, Igualdade e Imparcialidade, independentemente de se indagar se houve ou não, em concreto, o intuito de discriminar, favorecer ou beneficiar qualquer empresa em detrimento de outra(s).

O que está em causa é, pois, permitir-se à generalidade das empresas que atuam no mercado, a possibilidade de apresentarem a sua proposta, sob pena de atentar contra os Princípios supra melhor referidos.

⁸¹ PEDRO COSTA GONÇALVES, Ob. Cit., p.140

⁸² Há um momento, no concurso, em que a competição tem que ser necessariamente objetiva, momento esse em que se confrontam as mais valias das propostas, em que, no que concerne aos aspetos submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, se avaliam os seus atributos.

⁸³ Cfr. art.º 75.º do atual CCP — “Os fatores e os eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e *apenas*, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, **não podendo dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes** (negrito nosso)”.

De acordo com este preceito, em caso algum, os fatores que densificam o critério da proposta economicamente mais vantajosa, poderão dizer respeito a situações de facto relativas ao concorrente, ou seja, a algo que diga respeito a ele mesmo, independentemente da proposta que apresenta.

Por exemplo, num Procedimento de Adjudicação, no qual se avaliasse o n.º de anos de cédula profissional: este *atributo* sujeito à aplicação do critério de adjudicação é inerente à proposta e, por isso, nada impediria a sua avaliação em sede de um Concurso Público.

Ao invés, não se permite na adjudicação, mediante Concurso Público, da prestação de serviços

Pelo que, pese embora o referido no que concerne às inovações que irão fig-

jurídicos a um advogado, pontuar a “experiência do advogado em serviços informáticos” e empresas com “x n.º de advogados”, na medida em que tais qualidades dizem respeito aos concorrentes e não à proposta. Pelo que, teria que ser aberto um Concurso Limitado para se avaliar, em sede de Qualificação, tais situações ou requisitos de capacidade técnica ou financeira. Deste modo, segundo aquela disposição do CCP e em conformidade com a jurisprudência *Lianakis*, é esta a fase propícia para se avaliar este tipo de requisitos e exigências, concedendo aos candidatos a oportunidade de demonstrarem o cumprimento dos requisitos técnicos e financeiros. Após este momento, a competição tem que ser necessariamente objetiva, não podendo após esta fase, avaliar-se a situação das pessoas.

Noutro exemplo, abre-se um Concurso Limitado, e na fase de qualificação (prévia à apresentação de propostas), os concorrentes demonstram a sua capacidade técnica e financeira para apresentar propostas (por exemplo, exigência de volume de negócios de 200.000.000 de eur.). Ou seja, é esta a fase propícia para se avaliar este tipo de requisitos e exigências. Após este momento, a competição tem que ser necessariamente objetiva, não podendo após esta fase, avaliar-se a situação das pessoas.

Ainda exemplificando, na qualidade de entidade adjudicante não poderei, jamais, lançar um concurso para a construção de um aeroporto, atribuindo, no modelo de avaliação de propostas “x pontos” ao concorrente que já construiu “y aeroportos”, na medida em que este fator não diz respeito às propostas, mas sim ao operador económico. Caso esteja interessado em qualificar estas situações, deve lançar-se um concurso limitado, cuja 1ª fase destina, precisamente a avaliar os requisitos e robustez técnica e financeira do concorrente.

Neste sentido, o Acórdão *Lianakis* do TJUE, de 24.01.2008, Proc. C-532/06, surge como paradigmático e ilustrativo do que acabámos de referir, rezando que “(...) apesar de se deixar, portanto, às entidades adjudicantes a escolha dos critérios de adjudicação do contrato que entenderem definir, não é menos certo que essa escolha só pode fazer-se entre os critérios que visem identificar a proposta economicamente mais vantajosa (...), “sendo excluídos como «critérios de adjudicação» os critérios que não visam identificar a proposta economicamente mais vantajosa, mas que estão ligados essencialmente à apreciação da aptidão dos proponentes para executar o contrato em questão”.

De igual modo, no Ac. do TCAN de 07.10.2011, ficou assente a distinção entre:

1) *Documentos da Proposta* (art.º 57.º/1 c) do CCP) — relativos ao *produto*, ao *bem* ou *serviço* a prestar pelo concorrente, a serem avaliados, mediante aplicação dos critérios de adjudicação, num concurso público;

2) *Documentos da Qualificação* — relativos ao *concorrente*, certificando determinadas qualidades ou características de um *operador económico/empresa*, necessários ao bom desempenho e execução do contrato, nada tendo a ver com a certificação do produto (v.g. certificado ISO).

Ora, essas qualidades e características, integrando os requisitos mínimos de capacidade técnica do art.º 165.º do CCP, deverão, segundo o aresto, ser apreciadas e avaliadas em sede de candidatura, numa prévia qualificação a observar no seio de um concurso limitado.

Neste sentido, *vide* também o Ac. *Beentjes*, de 21.9.1988, do TJUE, Proc 31/87, que precisou, com efeito, que resulta das disposições das Diretivas, que «as entidades adjudicantes não podem efetuar a verificação da aptidão dos empreiteiros, a não ser com base em critérios assentes na sua capacidade económica, financeira e técnica»

Para o TJUE, um critério relativo ao emprego de desempregados de longa duração não tinha que ver nem com a verificação da aptidão económica, financeira e técnica de um candidato nem com os critérios de adjudicação enumerados na diretiva.

Ora, sendo assim, à luz das considerações tecidas, *Quid iuris*, no caso de a entidade adjudicante querer avaliar a proposta para a formação de um Contrato de Prestação de **Serviços Jurídicos** de Parce- rística, designadamente, tendo por objeto contratual a emissão um Parecer Jurídico?

À luz da atual legislação em vigor (art.º 75.º CCP), não poderia ser avaliado, por hipótese, o fator/requisito “mestrado em economia”, por se tratar de uma situação subjetiva, que faz parte da pessoa. Sabendo nós, que, *in casu*, fica logo definido/fixado, no caderno de encargos, enquanto *termo ou condição*, o prazo de execução do parecer que, deste modo, não se submete à concorrência, o único fator suscetível de avaliação seria o *preço*, aspeto (objetivo) de execução do contrato a celebrar submetido à concorrência pelo caderno de encargos.

urar no novo CCP, no (ainda) atual Direito da Contratação Pública, em conformidade

No entanto, com esta situação, correr-se-ia o risco de a entidade adjudicante não assegurar a qualidade do parecer oferecido, na medida em que um jurista, acabado de sair da Faculdade, poderia oferecer o seu parecer a um preço infimamente inferior a um parecer de um jurista “consagrado”.

Ora, precisamente, o Parecer deste jurista “consagrado”, na lógica das compensações, teria um preço mais elevado e, portanto, menos pontuação que o jurista “Junior”. No entanto, aquele garantiria, à partida, mediante a sua experiência e currículo, o incremento da qualidade da execução do contrato.

Acresce que, este “*apport*” de experiência (que tem um peso e uma valia significativa nestes casos complexos) não poderia, à luz da atual legislação, ainda em vigor, ser avaliado. Isto porque tal acréscimo de qualidade, se tratar de um aspeto qualitativo, respeitante à pessoa (jurista), sendo apenas avaliáveis aspetos quantitativos como o preço e o prazo.

Ora, para obviar a esta situação, visando a salvaguarda da boa execução contratual, as entidades adjudicantes socorrem-se do **art.º 27.º b) do CCP** (negrito nosso) que permite o recurso ao Ajuste Direto com fundamento em critérios materiais, sem limite de valor. Esta disposição abrange, designadamente, a aquisição de serviços de natureza intelectual e financeira.

Dispõe o artigo: Pode adotar-se o **Ajuste Direto por Critérios Materiais** (negrito nosso) quando “*A natureza das respetivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual ou a serviços financeiros indicados na categoria 6 do anexo II-A da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, e desde que a definição quantitativa, no âmbito de um procedimento de concurso, de outros atributos das propostas seja desadequada a essa fixação tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida.*”

Deste modo, nestes casos de Prestação de Serviços Jurídicos, “à pessoa”, de cariz *intuitu personae*, de natureza intelectual e pendor pessoal ou infungível, o preço torna-se difícil de quantificar, exigindo-se uma avaliação assente na qualidade, experiência e currículo dos prestadores.

Nestes casos, de relevante complexidade técnica, apesar de se manter o preço como aspeto quantitativo a avaliar, a entidade adjudicante procurará convidar diretamente um determinado n.º de advogados à sua escolha a apresentar proposta, para com eles, facultativamente, poder negociar aspetos de execução do contrato a celebrar (art.º 112.º CCP), assegurando, à partida, a qualidade da prestação do serviço por lhe permitir escolher os juristas/advogados mais credenciados da “praça”, apesar de no fim, se adjudicar à proposta com mais baixo preço.

Diga-se, a este propósito, que de acordo com o **novo art.º 27.º-A do CCP** (negrito nosso) que entrará em vigor, mesmo nestes casos de serviços pessoalíssimos, haverá sujeição à concorrência, mediante a exigência de Consulta Prévia/Convite a 3 entidades, sempre que “o recurso a mais que uma entidade seja possível e compatível com o fundamento (material) invocado para a adoção desse procedimento”.

NOTA: De acordo, com o art.º 10.º/d) da Diretiva 2014/24, os **Serviços Jurídicos** de Representação de um cliente por um advogado, assim como o aconselhamento jurídico inerente, estão sempre dispensados da Concorrência na formação do contrato.

Já no que concerne a serviços jurídicos de consultadoria geral e emissão de pareceres, elencados no Anexo XIV da Diretiva e no Anexo XIX do Projeto de Lei de Revisão do CCP, ficam sujeitos a um **Regime Especial**, “light” — art.º 74.º a 76.º da Diretiva e art.º 250-A a 250-C do novo CCP — até 750.000 euros (art.º 4.º/4 d) da Diretiva), atento o seu cariz pessoalíssimo, o legislador considera chocante submeter estes contratos à concorrência, na medida em que não suscitam o interesse dos operadores económicos transfronteiriços.

Neste sentido, o legislador comunitário parte da presunção de que os contratos relativos a tais serviços não apresentam, a priori, tendo em conta a sua natureza específica, *intuitu personae*, um interesse transfronteiriço suscetível de justificar que a sua atribuição se faça após um procedimento concursal que seja suposto permitir a empresas de outros Estados- -Membros tomarem conhecimento do anúncio de concurso e apresentarem propostas. Por essa razão, a Diretiva limitou-se a impor uma publicidade *ex post* para essa categoria de serviços (art.º 75.º).

Na medida em que um contrato relativo a serviços abrangidos pelo anexo XIV da Diretiva, apresente um interesse transfronteiriço certo, a atribuição, na falta de qualquer transparência, desse contrato a uma empresa situada no Estado-Membro da entidade adjudicante constitui uma diferença

de tratamento desfavorável às empresas que possam ter interesse nesse contrato, situadas noutra Estado-Membro.

Deste modo, até se atingir aquele limite, poderão ser realizados Procedimentos fechados, designadamente Ajustes Diretos por critério financeiro, com limite de 20.000 euros ou 75.000, consoante se trate, respetivamente, de um Ajuste Direto ou de uma Consulta Prévia a 3 entidades ou então a entidade adjudicante poderá recorrer ao Ajuste Direto por Critérios Materiais (art.º 27.º b)).

O legislador apenas exigirá procedimentos concorrenciais, aplicando-se a Diretiva, caso aquele limiar (750.000 euros) seja ultrapassado. No entanto, mesmos nestes casos, o procedimento concursal é mais flexível, exigindo apenas a Publicitação do Procedimento, mediante um Anúncio, permitindo qualquer tramitação escolhida pelos EM’s.

Segundo os Considerandos 114 a 116 da Diretiva: “*Determinadas categorias de serviços continuam, pela sua própria natureza, a ter uma dimensão transfronteiras limitada, nomeadamente os chamados «serviços à pessoa», como certos serviços sociais, de saúde e de educação, prestados num contexto particular que varia muito entre os Estados-Membros devido às diferenças de tradições culturais. Assim, deverá ser criado um regime específico para os contratos públicos referentes a esses serviços com um limiar mais elevado do que o limiar que se aplica a outros serviços.*”

Só “*Os grandes contratos de serviços jurídicos superiores a este limiar podem revestir-se de interesse para vários operadores económicos, designadamente gabinetes jurídicos internacionais, também a nível transfronteiras, em particular quando envolvam questões jurídicas que decorram ou surjam no contexto do direito da União ou do direito internacional, ou que impliquem mais de um país*”

A solução do novo CCP, preverá, deste modo, no seu art.º 6.º-A, 250.º-A a 250.º-C e 474.º/3, que o novo regime aplicável a esta contratação excluída apenas obrigará ao respeito dos Princípios Gerais da Atividade Administrativa (devendo ser feita menção à norma que habilita a não aplicação do CCP), sendo que só a partir de 750.000 se exigirá a aplicação de um Procedimento Concorrencial.

Ora, mesmo neste caso de exigência de realização de procedimento concursal (acima do limiar de 750.000), as exigências são bastante “suaves”. Neste sentido, exige-se “apenas” a Publicitação da intenção de contratar no JOUE e no DR, mediante Anúncio de Procedimento ou de Pré Informação, ficando demonstrada e “excessiva” flexibilidade das entidades adjudicantes no que concerne à sua autonomia na definição das peças do procedimento, podendo afastar ou incluir quaisquer regras ou formalidades.

Cfr. Ac. Comissão vs Irlanda, do TJUE, Proc. C-507/03

Retomando a temática inicial, posteriormente ao Ac. *Lianakis*, começou a questionar-se, se estas interpretações do TJUE não revestiriam um caráter abusivo, ao considerar aqueles factos como um critério de seleção qualitativa (típico dos concursos limitados) e não como um critério de adjudicação à luz do Direito Comunitário.

Seja como for, um dos pilares em que assentava o Direito Europeu dos Contratos Públicos, transportado para a ainda atual redação do CCP, consistia na separação clara e estanque entre:

- i) a apreciação, mediante aplicação do critério de adjudicação do preço mais baixo ou da proposta economicamente mais vantajosa, dos *atributos*, das qualidades ou dos elementos (isto é, das condições contratuais) que constam das *propostas* que são apresentadas à entidade adjudicante;
- ii) a apreciação das características, das qualidades ou da aptidão dos próprios *autores* das propostas (*concorrentes*).

No entanto, em conformidade com o Ac. *Ambisig* do TJUE, de 26.03-2015 (Proc. C-601/13), entretanto proferido, aquela proibição legal nunca poderia impedir que a entidade adjudicante apreciasse as características, a aptidão ou a experiência dos indivíduos que cada concorrente integra numa equipa técnica e que se propõe utilizar para cumprir as suas obrigações contratuais, garantindo uma boa execução do contrato, em caso de adjudicação. Isto porque tal fator incide, precisamente, sobre um dos “aspetos da execução do contrato” que, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 75.º do CCP, poderiam ser selecionados para densificar o critério de adjudicação: os recursos humanos que o concorrente utilizará para executar o contrato.

Aliás, isso não implicaria uma sobreposição (dupla avaliação) em face dos elementos que podem ser apreciados numa prévia qualificação. É certo que a entidade adjudicante, no contexto de um concurso limitado, já poderia apreciar, de acordo com os critérios de seleção qualitativa (critérios de

com o art.º 74.º do CCP, a adjudicação tem sempre em linha de conta dois critérios: o do *preço mais baixo* (razões de celeridade ou simplicidade) ou o da *proposta economicamente mais vantajosa*⁸⁴.

capacidade técnica e financeira), os “recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos” (cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º do CCP). Porém, os dados ou elementos que aprecia nesse momento procedimental, dizem respeito aos recursos que cada operador utiliza a qualquer título no âmbito da sua atividade económica.

Ora, a circunstância de um operador dispor nos seus quadros de certos recursos humanos ou tecnológicos, nada assegura quanto aos recursos que utilizará no âmbito do concreto contrato que se propõe celebrar agora. Assim, é comum que a entidade adjudicante queira avaliar a aptidão dos recursos humanos que cada concorrente pretende utilizar na execução do contrato que agora será celebrado — e não dos recursos humanos de que o concorrente dispõe em geral no âmbito da sua atividade económica.

Consequentemente, andou bem a solução do novo regime europeu de contratação pública aprovado pela Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, em cujo artigo 67.º, n.º 2, alínea b), se passou a prever que os “critérios [de adjudicação] podem compreender, por exemplo: [...] Organização, qualificações e experiência do pessoal (sublinhado nosso) encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato”. Neste sentido, admitindo que a boa execução de alguns contratos está totalmente dependente dos atributos pessoais do executante (*contratos intuitu personae*), sendo decisivo apreciar os meios humanos propostos por cada concorrente, o legislador europeu confirma a legalidade da avaliação dos meios humanos afetados a um contrato em concreto, quando o seu “impacto” seja “significativo”, apenas deixando a avaliação dos meios gerais que a empresa tem, independentemente da sua afetação ao contrato, o que somente pode ser apreciado no âmbito da avaliação da capacidade técnica da empresa num concurso limitado por prévia qualificação.

Em conclusão, a pronúncia do TJUE afasta, definitivamente, as dúvidas suscitadas pela jurisprudência portuguesa quanto ao mérito da avaliação de meios humanos ou de equipas técnicas que serão concretamente usados para a execução de um contrato público, deixando as entidades adjudicantes protegidas para a prossecução mais adequada do interesse público nos casos em que esta depende estritamente da qualidade das pessoas que o cocontratante usa para executar o contrato. A permissão para a integração desse tipo de fator no critério de adjudicação mostra-se, pois, autorizada já hoje, à luz da legislação em vigor, sem se carecer sequer de se aguardar pela futura revisão do CCP para transposição da Diretiva n.º 2014/24/UE.

Nota: Estamos, pois, em condições de avançar que a restrição que integra a parte final do art.º 75.º do CCP, deixará de figurar no corpo legislativo do novo CCP, autorizando-se a entidade adjudicante a estabelecer um critério que permita avaliar a qualidade das equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução do contrato, critério esse que terá em consideração a experiência e o currículo dos seus membros.

Neste sentido, confirma-se nas Diretivas, a perfeita legalidade da exigência de específicos meios humanos, sobretudo nos casos em que o contrato é determinado pelos atributos pessoais do executante (*contratos intuitu personae*) e em que seria decisivo avaliar os meios humanos usados para cada concorrente.

Em suma, na Revisão do CCP, no Projeto de Lei já aprovado, prevê-se no art.º 75.º/2b) a abertura à inclusão deste critério, com a condição de que a qualidade do pessoal empregue “tenha um impacto significativo (sublinhado nosso) ao nível da execução do contrato (...)”.

⁸⁴ Em que se combinam dois ou mais fatores respeitantes a aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos (v.g, numa EOP, na qualidade de entidade adjudicante, posso avaliar o prazo de execução da obra, o preço da obra, a qualidade técnica dos materiais, etc..).

Atualmente, de acordo com o art.º 67.º da Diretiva, as entidades adjudicantes, para efeitos de avaliação das propostas, apenas terão “ao seu dispor” o critério da PEMV, avaliada segundo uma relação de custo-eficácia, tendo em conta os custos do ciclo de vida do produto e o *best value for Money* ou a melhor relação qualidade/preço.

Ora, sendo avaliada a relação qualidade/preço, o preço não deixará de entrar na equação das entidades adjudicantes, aquando da aplicação do critério de adjudicação. Pelo que, pese embora, numa primeira leitura, dê a sensação que o *preço mais baixo* deixou de ser considerado nos critérios de adjudicação, numa análise mais atenta, facilmente se conclui que ele está (bem) presente no critério de adjudicação da PEMV.

Ou seja, o “novo” e, aparentemente único, critério de adjudicação da PEMV, resulta somente de uma alteração cosmética. Dividindo-se em duas modalidades, assume-se como *monofactor* (quando prevê o preço mais baixo) ou como *multifactor* (quando prevê a antiga PEMV, agora designada, “melhor relação qualidade/preço”).

Por fim, deve referir-se que se prevê a possibilidade de não se incluir o preço, caso este seja um preço fixo.

O PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE OBJETIVA

Em matéria de Contratação Pública, urge destacar os Princípios da Concorrência, Igualdade, da Não Discriminação e da Transparência, dos quais emerge e decorre necessariamente o Princípio da Estabilidade, pressuposto de todo o procedimento de adjudicação.

Este Princípio constitui um princípio inerente e estruturante do processo de formação dos contratos públicos, vinculando a entidade adjudicante aos Documentos conformadores do Procedimento, ou seja, às peças⁸⁵ do procedimento, mais concretamente, ao caderno de encargos, visto que não as pode alterar, apenas podendo proceder a esclarecimentos necessários à sua boa compreensão e interpretação (art.º 50-º CCP). Estes, por seu turno, deverão restringir-se a “*uma tarefa hermenêutica ou de aclaração, de fixação do sentido de algo que já se encontrava estabelecido, e nunca alteração, por adição ou suprimento, dos elementos que tenham sido patenteados*”.⁸⁶

Depois de definidos os “exatos termos” em que o adjudicatário se dispõe a celebrar o contrato, ou depois de fixadas as “regras do jogo”⁸⁷, de “lançados os dados” no ato de abertura do concurso, mediante a apresentação das propostas pelos concorrentes ou das candidaturas (no concurso limitado) e encerrado o prazo para apresentação das mesmas, as peças do procedimento tornam-se imodificáveis, devendo manter-se assim na pendência do procedimento⁸⁸, configurando-se uma auto – vincu-

⁸⁵ Cfr. art.º 40.º do CCP. Nos Concursos Públicos, as Peças do Procedimento são o Programa e o Caderno de Encargos; no Ajuste direto são o Convite (que substitui o Programa) e o Caderno de Encargos, Documento que é transversal e comum a todos os Procedimentos, consubstanciando um “pré-contrato”.

⁸⁶ Cfr. Ac. STA, de 16.02.2006, Proc. n.º 168/04

⁸⁷ Leia-se, como “regras do jogo”, o objeto do contrato — modelo contratual, fatores de adjudicação e respetiva ponderação, regras de acesso e documentos de habilitação.

⁸⁸ Veja-se a este propósito, o Acórdão do STA de 3.6.2004, Proc. 381/04, que entendeu que este princípio “impede que a Administração venha, após o anúncio e do programa do concurso, e sem que deles dê conhecimento atempado aos concorrentes, a estabelecer novos fatores de apreciação e novos prazos”, bem como o Ac. *Bus Wallons* de 25 de Abril de 1996, Proc. n.º C-87/94 que considera que “há violação da igualdade de tratamento, quando a entidade adjudicante derroga unilateralmente, com vantagem para um concorrente, os dados fixados no caderno de encargos, que deve entender-se serem imodificáveis, sem conceder aos restantes proponentes a possibilidade de rever as suas indicações em função das alterações que afetem a premissa (...) A Entidade Adjudicante devia ter-se atido às suas proposições técnicas ou ter informado os restantes proponentes da derrogação dos dados fixados no caderno de encargos.

Também neste sentido, o Ac. *Storebaelt*, do TJUE, de 22.06.1993, Col. 1993, p. I-3353, que pronunciando-se sobre as alterações substanciais às regras do jogo, chamou à colação os Princípios Comunitários, considerando que o dever de respeitar o Princípio de Igualdade de Tratamento dos concorrentes, corresponde à própria essência da diretiva aplicável *in casu*.

Neste caso, as negociações levadas a cabo entre as partes, com base numa proposta não conforme com o caderno de encargos, resultaram em que o contrato final contivesse modificações das condições do anúncio do concurso, exclusivamente em favor de um concorrente, incidindo nomeadamente

lação⁸⁹ da entidade adjudicante, resultando daqui uma relação de confiança⁹⁰ que se estabelece entre a entidade adjudicante e os candidatos ou concorrentes.

Podemos, deste modo, afirmar que este princípio está intimamente ligado com os Princípios da Concorrência, Publicidade, Transparência, Proteção da Confiança, Imparcialidade e da Justiça.

Assim, quaisquer alterações, nomeadamente aos critérios e fatores de apreciação das propostas, terão de ser fixados, de modo transparente, com a devida e adequada publicidade, em momento prévio à abertura das propostas dos concorrentes.⁹¹

sobre os elementos que têm influência sobre os preços, ferindo de morte o Princípio supra aludido.

Por último, no Ac. *ATI EAC*, do TJUE, de 24.11.2005, Proc. C- 331/04 e no Ac. *SIAC*, do TJUE de 18.10.2001, Proc. C-19/00, entende-se que “a entidade adjudicante deve cingir-se à mesma interpretação dos critérios de adjudicação em todo o procedimento”.

⁸⁹ O que não invalida o poder que a entidade adjudicante tem de aprovar e conformar, discricionariamente, as regras a que obedece o procedimento.

⁹⁰ Podemos, pois, afirmar que este corolário deriva também do Princípio da Proteção da Confiança, no sentido em que os particulares podem ter uma legítima expectativa de que um tal quadro normativo estabelecido se mantenha inalterado até ao final do procedimento. Ou seja, o mercado depositou uma confiança no procedimento e na transparência do procedimento.

⁹¹ Cfr. Ac. *STA* de 08.09.2004, Proc. 0890/04, Ac. *Beentjes*, do TJUE, Proc. 31/87, Ac. do Tribunal Geral, Proc. T-258/06, de 20.05.2010 e Ac. TdC n.º 3/2010, 1.ªS/SS, Proc. 2309/09.

Diga-se a este respeito que os **critérios de avaliação** não deverão ser adotados e orientados no sentido de limitar ou restringir a concorrência, ou de serem suscetíveis de conferir uma vantagem aos proponentes que, por exemplo, estejam em condições de fornecer quantidades de eletricidade mais significativas que os outros, devido às suas maiores capacidades de produção (cfr. Ac. *EVN AG* do TJ), sob pena de tal facto implicar uma discriminação injustificada em relação aos concorrentes cuja proposta possa corresponder plenamente aos requisitos relativos ao objeto do contrato. Esta restrição do universo de agentes económicos aptos a apresentar proposta, viola flagrantemente o objetivo de abertura à concorrência prosseguido pelo Direito Comunitário da Contratação Pública.

Veja-se a título meramente exemplificativo: como se compatibilizaria para qualquer outro concorrente, que não o adjudicatário, a necessidade de recrutamento, seleção e formação de todo o pessoal exigido pelo caderno de encargos, com o prazo de início de execução do contrato, pontuado com o valor máximo quando a proposta fixasse tal prazo em 10 dias?

Estamos em crer que a concreta formulação do caderno de encargos e do modelo de avaliação das propostas nos termos em que foi efetuada, seria, *per se*, suscetível de limitar ou mesmo impedir que outros operadores económicos apresentassem as suas propostas, ferindo-se de morte os Princípios da Concorrência, da Igualdade, da Imparcialidade e do Interesse Público Financeiro, na medida em que, ao não se criarem condições para que a formação do preço ocorresse numa ambiente e numa lógica de mercado concorrencial, não se garantiria que a prestação fosse adjudicada ao melhor preço.

Acresce ao exposto que, os **critérios de adjudicação** definidos por uma entidade adjudicante devem estar ligados ao objeto do contrato (cfr. Ac. *EVN AG* do TJUE, Proc. C-448/01 e Ac. *TCAN* de 16.12.2011, Proc. 00322/11), não devendo, em conformidade com o n.º 4 do art.º 67.º da Diretiva 24/2014, conferir àquela uma liberdade de escolha ilimitada, devendo estar expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio do concurso e devem respeitar o Princípio da Igualdade de Tratamento, da Não Discriminação e da Transparência (cfr. Ac. *Bus Finland* do TJUE, Proc. C-513/99), devendo assegurar a possibilidade de **concorrência efetiva** — *Princípio da Neutralidade Concorrencial da Intervenção Pública nos Mercados*.

Neste sentido, os concorrentes devem-se encontrar em pé de igualdade quer no momento em que preparam as suas propostas, quer no momento em que as mesmas são avaliadas (cfr. Ac. *SIAC Construction* do TJUE Proc I-7725, n.º 34).

Acresce que, todos os elementos considerados pela entidade adjudicante para efeitos de aplicação do critério de adjudicação e sua importância relativa, deverão ser do conhecimento dos potenci-

ais concorrentes no momento de preparação das respetivas propostas.

Se numa fase inicial do procedimento, por hipótese, se definiu que o peso do fator preço seria 30%, não se poderá dizer, posteriormente, que essa ponderação sobe para os 40%, sob pena dessa decisão enfermar de invalidez derivada de uma violação da lei. Só assim não sucede nos procedimentos sem negociação. Sem prejuízo de retificação de *erros manifestos*, se a alteração que se pretende efetuar às peças do procedimento se processar após o termo do prazo para apresentação das propostas ou candidaturas, essa deve ser liminarmente excluída, salvo se houver ilegalidade ou circunstâncias imprevistas (às quais as peças se adequarão) e a alteração possa fazer-se sem quebra dos interesses da concorrência. Se houver necessidade de alterar “aspectos fundamentais” do procedimento, há causa de não adjudicação.⁹²

Pelo contrário, se a alteração se concretizar até ao termo do prazo para apresentação das propostas ou candidaturas, poderá admitir-se uma solução mitigada daquele princípio, podendo admitir-se retificações ou esclarecimentos das regras inicialmente definidas nas peças, desde que essas alterações beneficiem da adequada publicidade e, caso seja necessário, da prorrogação do prazo (64.º/1 CCP). Na hipótese de se tratar de alterações sensíveis, de “aspectos fundamentais”, a solução mais razoável será a de admitir a anulação de todo o procedimento, lançar novo procedimento, visando adaptar as peças à nova realidade ou à lei. (art.º 80.º/2 + 64.º/2 CCP).⁹³

ais concorrentes no momento de preparação das respetivas propostas.

No caso de existir uma nova ponderação dos diferentes subfactores que densificam o critério de adjudicação, torna-se necessário aferir, em primeiro lugar, se essa ponderação altera os critérios de adjudicação definidos no caderno de encargos ou no anúncio. De seguida, urge apreciar se tal ponderação tivesse sido conhecida no momento da apresentação das propostas, seria suscetível de influenciar tal preparação. Por último, há que indagar se esse novo peso atribuído aos subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, tomou em consideração elementos suscetíveis de produzir efeitos discriminatórios relativamente a algum dos concorrentes. (cfr. Ac. *ATI EAC*, do TJUE, Proc. C-331/04; Ac. *STA* de 28.09.1993, Proc. 029922)

A adição de subfactores de avaliação pelo júri está, em nome do Princípio da Concorrência e da *Estabilidade* do Procedimento Concursal, adstrita ao limite temporal da abertura das propostas, na medida em que só assim será possível impedir a introdução de fatores de diferenciação e de valoração em decorrência do conhecimento dessas propostas, evitando-se uma situação de tratamento desigual e injusto dos concorrentes, beneficiando uns em detrimento de outros. (cfr. Ac. *STA* de 02.04.2003, Proc. n.º 0113/03; Ac. *STA* de 17.02.2004, Proc. n.º 01204/03 e Ac. *STA* de 17.01.2007, Proc. 01013/06 e Ac. *STA*, de 19.05.2004, Proc. 0416/04).

Pese embora, a entidade adjudicante goze de ampla margem de liberdade na ponderação e conformação da escolha dos critérios de adjudicação e na valoração dos respetivos fatores, por estarmos diante de aspetos não vinculados ao ato de adjudicação, todos os fatores que devam ser ponderados devem ser indicados e quantificados por ordem decrescente de importância (Ac. *STA* de 02.04.2009, Proc. 083/09).

Só uma metodologia de análise e avaliação de propostas, assim exposta, permitirá uma seleção da mais vantajosa assente em critérios objetivos e transparentes. Só operando a subsunção em cada um dos vários fatores (depois de quantificados segundo a sua ordem de importância), dos diferentes atributos relevantes das propostas, se poderá proceder à sua hierarquização numa escala valorativa e, deste modo, aquilatar as diferenças classificativas das mesmas relativamente a cada atributo.

⁹² Art.º 79.º/1 c) do CCP

⁹³ Por exemplo, a entidade adjudicante definiu no caderno de encargos que o esquema contratual basear — se — ia numa reabilitação, mas posteriormente, antes do termo do prazo para apresentação das propostas, muda esse objeto para uma demolição. Neste caso, não faz sentido alterar o caderno de encargos, mas sim, lançar novo concurso com o caderno de encargos adaptado às novas circunstâncias.

No que concerne à possibilidade de *esclarecimentos e retificações das peças* (art.º 50.º do CCP), deve dizer-se que os primeiros visam “a boa compreensão e interpretação” dos documentos conformadores do procedimento e, em caso de divergência, prevalecem sobre as peças.

Se o lapso temporal em que incide a alteração se situar entre o momento pós – adjudicatório mas antes da celebração do contrato, também as peças não deverão ser modificadas após a escolha do co – contratante, salvo raras exceções, na medida em que, a ocorrer tal modificação, poderá ser posta em causa a Igualdade de Tratamento entre candidatos/concorrentes.⁹⁴

Deste modo, de acordo com o disposto no art.º 99.º do CCP, qualquer ajustamento a efetuar no conteúdo do contrato a celebrar deverá decorrer, necessariamente, de exigências de interesse público. Acresce que, no caso de se tratar de um procedimento em que se tenha analisado e avaliado mais que uma proposta, exige — se, igualmente, a demonstração objetiva “que a respetiva ordenação não seria alterada se os ajustamentos propostos tivessem sido refletidos em qualquer das propostas”. Dos ajustamentos referidos não pode decorrer qualquer “atropelo” dos parâmetros base fixados no caderno de encargos nem a violação dos aspetos da execução do contrato a celebrar por aquele não submetidos à concorrência nem a integração de soluções contidas numa proposta apresentada por outro concorrente.

E *Quid iuris* no que respeita às modificações objetivas⁹⁵ em sede de execução contratual? Quais os limites à imodificabilidade do contrato administrativo?

Antes de nos debruçarmos, diretamente, sobre o assunto, urge referir que nunca uma Diretiva (art.º 72.º) “mexeu” de modo tão substancial nas situações enumeradas, taxativas e passíveis de admitir modificações em sede contratual, como a Diretiva de 2014 o fez!

⁹⁴ Cfr. Ac. TPI, 2.ª secção, *Succhi di frutta*, de 14.10.1999, Procs. T-191/96 e T-106/97.

⁹⁵ Art.º 311.º ss do CCP — o contrato pode ser modificado unilateralmente (*ius variandi*) por decisão do contraente público, com fundamento em interesse público, por decisão judicial/arbitral ou por acordo entre as partes; reza o art.º 312.º do CCP: “O contrato pode ser modificado com os seguintes fundamentos:

a) Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa — fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato;

b) Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas (novos dados endógenos ou exógenos — alteração superveniente das circunstâncias que escapa à vontade das partes, impondo-se, do exterior, independentemente da vontade das partes) ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes (reponderação do interesse público contratualizado — nova valoração político-administrativa)”.

Ou seja, como podemos retirar da leitura do art.º 312.º b) do CCP, uma mera mudança de conceção pode levar a mudanças no contrato. Sendo o contrato administrativo, um contrato *sui generis*, enquanto instrumento para a realização do interesse público, se este muda ou a visão sobre ele se altera, também o contrato se modifica, ideia esta, essencial à economia!

Respondendo à questão prévia, segundo a Comissão, apenas deveria ser assegurado o respeito escrupuloso pelo Princípio da Igualdade de Tratamento entre os concorrentes (que tem por objetivo favorecer o desenvolvimento de uma concorrência sã e efetiva entre operadores económicos) e pelo Princípio da Transparência (que visa a ausência de risco de favoritismos e arbitrariedade por parte da entidade adjudicante e que todas as condições do procedimento sejam formuladas de modo claro, preciso e unívoco nas peças, permitindo a todos os concorrentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu exato alcance e sentido, possibilitando, de igual modo, à entidade adjudicante verificar efetivamente se as propostas dos concorrentes correspondem aos critérios por que se rege o procedimento), até ao momento em que o adjudicatário é conhecido. Assim, em sede de execução contratual, pós- adjudicatória, torna-se indispensável proceder a uma adaptação ulterior dos termos do contrato a circunstâncias imprevisíveis (cfr. art.º 312.º a) do CCP).

No entanto, entendeu o Tribunal que incumbe à entidade adjudicante definir as “regras do jogo” no anúncio do concurso, estando vinculada a respeitar, inclusive em sede de execução contratual, às condições por ela estabelecidas e que impeliram os concorrentes a participar no procedimento e a apresentar proposta.⁹⁶

Para que a entidade adjudicante possa alterar as condições por ela fixadas nas peças, defende o Tribunal que estas terão que prever expressamente tal possibilidade, limitando a liberdade de ação da entidade adjudicante.

Em circunstâncias excecionais, ocorridas na fase pós-adjudicatória, exigindo-se uma adaptação das “regras do jogo” estabelecidas nas peças, mas não estando tal situação prevista no anúncio, incumbe à entidade adjudicante anular o procedimento e elaborar um novo anúncio, possibilitando a todos os concorrentes participar em pé de igualdade, tendo as mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas.

Assim, uma proposta que não esteja conforme às condições previamente fixadas nas peças, deverá ser excluída. Ora, por maioria de razão, também a entidade adjudicante não estará autorizada a modificar a sistemática geral do procedimento, alterando as suas condições essenciais, pois a inclusão de tal modificação, a figurar no anúncio do procedimento, poderia ter permitido ao concorrente apresentar uma proposta substancialmente diferente (cfr. art.º 72.º/4 da Diretiva 2014/24/UE).

Efetivamente, se a entidade adjudicante estivesse legitimada a modificar livremente, em sede de execução contratual, as condições do procedimento, estaríamos perante um desvirtuamento das “regras do jogo”, deixando-se de aplicar uniformemente as condições de adjudicação, ferindo de morte a objetividade do processo e violando, irremediavelmente, os Princípios da Transparência e da Igualdade de Tratamento.

Pelo que, independentemente da fase do processo, na falta de disposição expressa no anúncio do procedimento, a entidade adjudicante não pode modificar as condições do concurso, sob pena de violação dos princípios supra citados.

⁹⁶ As condições de admissão ao procedimento deverão estar obrigatoriamente preenchidas no momento da apresentação da proposta (cfr. Ac. *Contse*, do TJUE, Proc. C-234/03).

Como veremos, o Princípio da Concorrência assume, aqui, um meio tutelar forte de interesses legalmente protegidos de terceiros que não são parte do contrato celebrado. À luz deste princípio, exige-se respeito pelos concorrentes e candidatos selecionados para contratar mas também por todos os que estejam, eventualmente, interessados em concorrer a um novo contrato, na ocorrência de uma modificação do clausulado em sede de execução contratual.⁹⁷

É seguro, pois, afirmar que o Princípio da Concorrência surge como limite à imodificabilidade contratual (art.º 313.º do CCP), acautelando o interesse dos concorrentes não selecionados e para evitar que, com a alteração do clausulado se restringisse ou impedisse o acesso a potenciais interessados no contrato *a posteriori*.

Nos termos do disposto no art.º 313.º/1 do CCP, consagra-se o Princípio da Intangibilidade do Objeto Contratual, visando-se o respeito pelo núcleo característico do contrato.

Neste sentido, no caso de modificação contratual que traga à colação o programa do concurso e o caderno de encargos, o contraente público não pode mudar *de* contrato⁹⁸, adulterando as suas linhas características, sendo apenas admissível alterar o contrato. Deste modo, salvaguarda-se a manutenção da economia geral do projeto contratual.

Para evitar que o contrato administrativo seja completamente alterado, nos termos do art.º 313.º/2 do CCP, confere-se eficácia póstuma às regras do procedimento, em especial do caderno de encargos, não permitindo, em sede contratual, alterações àquele que não estavam previstas no caderno de encargos. Reza aquele preceito: (...) “salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem⁹⁹, a modificação só é permitida quando seja objetivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação”.

Ou seja, pode haver alterações ao contrato, se se demonstrar, objetivamente, que a alteração que se efetua agora em sede contratual, se estivesse ponderada no contexto do concurso e contemplada no caderno de encargos aquando do momento da apresentação da proposta, conduziria sempre a que o primeiro classificado fosse o mesmo, não levando a uma reordenação das propostas.¹⁰⁰ Pelo que, a reconfiguração

⁹⁷ Neste sentido, CLÁUDIA VIANA, ob. Cit., p.242

⁹⁸ Exemplificando, imaginemos que a Administração lançava um concurso para a construção de um parque de estacionamento. Em plena execução do contrato de empreitada de obras públicas, o contraente público apercebe-se que o orçamento disponível será insuficiente para terminar o contrato. Para fazer face a isso, acorda com o co — contratante que este passe a explorar esse parque sob a forma de contrato de concessão de obra pública. Ora, a Administração não podia mudar *de* contrato, “*convertendo*” um contrato de EOP em contrato de Concessão de Obra Pública.

⁹⁹ Assim, o art.º 313.º/2 do CCP admite uma exceção ao Princípio da Concorrência, ao salvaguardar “a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo”, possibilitando alterações contratuais, mesmo que não seja possível a demonstração de que a ordem das propostas não seria outra se o caderno de encargos previsse esta modificação.

¹⁰⁰ Exemplificando, o Estado compra uma viatura, aplicando o critério de adjudicação do preço mais baixo, ficando a Empresa A (ofereceu 1000 eur) em primeiro lugar e a Empresa B (ofereceu

do objeto contratual encontra um limite à livre modificação contratual numa eficácia ulterior das peças do procedimento, nomeadamente, do caderno de encargos, sobre os termos do contrato em execução. Caso não existisse esta eficácia póstuma, as regras do procedimento apenas valeriam para a fase da formação do contrato e não para a fase de execução contratual.

Pelo que, no art.º 313.º/2 do CCP está plasmado um “*congelamento, uma petrificação ou manutenção da equação adjudicatória*¹⁰¹” em sede contratual¹⁰², impedindo, em nome do prevalecente interesse da concorrência, que se “*deixe entrar pela janela aquilo a que se quis fechar a porta*”.

Exemplificando, não se pode suprimir, em sede contratual, uma parte do objeto do contrato, penalizando gravemente e em especial, a proposta classificada em 2º lugar. De igual modo, não é admissível um concorrente classificado em 2.º lugar e que fora fortemente penalizado, no momento da análise e avaliação da sua proposta, ver, em sede contratual, a entidade adjudicante optar por um trajeto rodoviário previsto na sua proposta.

1300eur) em segundo. Em sede contratual o contraente público quer colocar um teto de abrir na viatura, no montante de 100 eur. Neste caso, é possível esta alteração contratual porque esse valor (100 eur) de especificação técnica, se fosse contabilizado “lá atrás” no concurso, não levaria à reordenação das propostas, mantendo — se a equação adjudicatória — Empresa A manter-se-ia em primeiro lugar e a Empresa B em segundo.

¹⁰¹ Expressão utilizada pelo Professor Doutor RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob cit., p. 69, para se referir às razões determinantes da adjudicação.

¹⁰² No entanto, a mesma Administração pode ver o mesmo facto de forma diferente, reponderando o interesse público, efetuando nova valoração político-administrativa, pelo que o contrato deve estar ao serviço do interesse público (art.º 3.º/2 b) do CCP) e se aquela concluir que o contrato é incompatível com o interesse público prosseguido, pode e deve resolver o contrato (art.º 334.º do CCP).

O ACÓRDÃO PRESSETEXT¹⁰³ — MODIFICAÇÃO OBJETIVA DO CONTRATO

A matéria ora exposta encontra-se plasmada no art.º 72.º da Diretiva “clássica” e no art.º 313.º/1 e 2 do CCP.¹⁰⁴, remetendo-nos para o âmbito do poder de modificação unilateral dos contratos públicos, o mais singular e significativo dos poderes públicos exorbitantes ao dispor da entidade adjudicante, em sede de execução contratual.

¹⁰³ Ac. do TJUE, de 19.6.2008, p. C-454/06

¹⁰⁴ Reza o art.º 72.º da Diretiva “clássica”, que os contratos poderão ser modificados, em sede pós-adjudicatória, de execução contratual, sem necessidade de abertura de novo procedimento, entre outras situações, se:

1) Tais alterações estiverem previstas nos documentos conformadores do concurso (*estabilidade objetiva* dos documentos conformadores do procedimento), mas nunca sem alterar a natureza global do contrato;

2) Houver necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares por parte do contratante original, que não tenham sido incluídos no contrato inicial, caso a mudança de contratante seja, designadamente, altamente inconveniente para a entidade adjudicante;

3) A necessidade de modificação for resultado de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não possa prever; e a alteração não altera a natureza global do contrato; e o aumento do preço não ultrapassa 50% do valor do contrato original;

4) As modificações operadas **não forem consideradas substanciais**.

Ora, para que tal alteração **não** seja considerada **substancial** exige-se que:

A modificação não introduza condições, que se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta ou teriam atraído mais participações no concurso;

A modificação não altere o equilíbrio económico-financeiro do contrato a favor do adjudicatário, de uma forma que não estava prevista no contrato inicial;

A modificação não alarga consideravelmente o âmbito do contrato

O Adjudicatário inicial é substituído por um novo adjudicatário.

Já o art.º 313.º/1 e 2 estabelece os *limites* às modificações objetivas do contrato com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias que inicialmente fundaram a decisão de contratar e em razões de interesse público.

Em primeiro lugar, diz-nos o n.º1 do art.º 313.º do CCP, que nenhuma alteração poderá redundar numa modificação das prestações principais objeto do contrato, verdadeiro núcleo que confere identidade àquele contrato, que o identifica e torna único, visando a salvaguarda do co — contraente, limitando-se o poder de modificação objetiva do contrato, ao objeto contratual, resultando daí a afirmação do Princípio da *Intangibilidade* do Objeto do Contrato.

Em segundo lugar, no n.º 2 do mesmo artigo, e mais uma vez em homenagem ao Princípio da Concorrência, da Igualdade de Tratamento e da Transparência, protegendo-se os operadores económicos que que concorreram ou poderiam ter concorrido à adjudicação do contrato inicial, plasma-se que a modificação não poderá configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência, em detrimento de novos potenciais concorrentes.

Deste modo, apenas será permitida a modificação objetiva do contrato nestes termos, se for objetivamente demonstrável que a ordenação que resultou da avaliação inicial das propostas se mantém inalterada, caso o caderno de encargos contemplasse tal modificação no início do procedimento.

Exemplificando, ultrapassa os limites supra referidos, designadamente os limites do *scope of the competition*, a modificação de um contrato de *concessão* com prazo de vigência de 30 anos, para no limiar do fim da sua vigência, se viabilizarem novos investimentos privados de um montante que determina a prorrogação do contrato por...mais 30 anos!!!

Tal facto, resulta da supremacia manifestada pela Administração na relação contratual, impelida e salvaguardada pelo imperativo de proteção do interesse público.

Sendo o contrato a modificar o resultado de um procedimento de seleção do concorrente, que se quer competitivo e em conformidade com o Princípio da Concorrência, seria natural que a salvaguarda do valor da concorrência também se “estendesse” ao regime substantivo do contrato administrativo. Isto porque, seria inadmissível possibilitar a reconstrução de um contrato inicial, deixando este de preservar as suas condições fundamentais que o contraente público fixou, inicialmente, no procedimento de adjudicação.

Deste modo, o *scope of the competition* passava também a nortear e limitar a **medicação objetiva de um contrato, em sede de execução contratual, pós-adjudicatória. A salvaguarda e promoção da concorrência emergiam, assim, como um novo e autónomo critério de limitação da modificação de contratos**

Marco relevante na jurisprudência comunitária, este acórdão abandona o paradigma inicial pelo qual se vinha pautando o TJUE, de regulamentação limitada aos processos adjudicatórios dos operadores económicos, versando, desta vez, sob aspetos relativos à fase de execução do contrato.

O Acórdão centra-se, concretamente, no regime de modificação dos contratos públicos em sede contratual, conferindo um entendimento deveras restritivo quanto à sua suscetibilidade, tendo em conta a salvaguarda do Princípio da Concorrência, da Transparência do procedimento e do Princípio da Igualdade de Tratamento dos concorrentes, vindo definir quais as condições em que as modificações ao clausulado contratual correspondem a uma verdadeira alteração. Pelo que, nele se estabelecem limites ao poder de modificação do contrato, para proteção dos interesses do co — contratante, da transparência e da objetividade.

O TJUE vem decidir que as alterações, em sede contratual, consubstanciadas em dois aditamentos contratuais e a uma cessão da posição contratual, não corresponderiam à adjudicação de um novo contrato, não se violando, conseqüentemente, as regras procedimentais exigíveis e, desta forma, o princípio da concorrência. Para o efeito, argumenta o TJUE que nem toda a alteração aos contratos corresponde a uma *alteração substancial*.

A alteração de um contrato vigente pode ser considerada *substancial*, quando introduz modificações que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam possibilitado o acesso a outros operadores económicos diferentes dos inicialmente admitidos, ou teriam permitido a aceitação de uma proposta diferente da inicialmente aceite.

Assim, uma modificação objetiva do contrato “alarga-se” até um ponto em que possa ser considerada neutra para os interesses dos concorrentes ou dos que, potencialmente, pudessem ter apresentado proposta na adjudicação inicial, assim como dos potenciais concorrentes a uma nova adjudicação. Caso contrário, é do entendimento geral que o ente público está vinculado à promoção e salvaguarda da concorrência de

mercado.

No que concerne à modificação da cláusula de não resolução, em que as partes se comprometem a não resolver um contrato de duração indeterminada, o TJUE não proíbe, automaticamente, a celebração de contratos públicos de serviços por tempo indeterminado, afirmação, quanto a nós, deveras surpreendente!

Por outro lado, a inserção de nova cláusula de não resolução por um período de 3 anos não se afigurava, no entendimento do Tribunal, impeditiva de o contraente público resolver o contrato por um “período excessivo relativamente ao tempo necessário para a organização de tal operação”. Ou seja, estaríamos perante uma alteração não substancial do contrato.

Em relação à mudança de co — contratante, o TJUE vem considerar que esta se tratou de uma mera *“reorganização interna do co-contratante”* que não modifica os termos essenciais do contrato inicial.

Quanto à alteração do preço, “condição essencial” do contrato, o TJUE vem admitir que este possa ser objeto de ajustamentos sem que desses possa resultar uma nova adjudicação, ou seja, uma *“alteração substancial”*, sempre que o equilíbrio económico-financeiro do contrato não seja posto em causa.

Da decisão do TJUE poderemos retirar o entendimento de que a modificação ao clausulado contratual é admissível até ao ponto em que não coloque em causa os interesses dos proponentes, bem como, dos potenciais concorrentes numa nova adjudicação. Mas quando é que esses interesses estarão postos em causa? O TJUE veio fornecer, precisamente, no *Acórdão Priesstext*, o critério através do qual se torna possível discernirmos quando é que nos encontramos fora dos limites da modificação contratual, ou seja, quando existe uma *“alteração substancial”*, ao referir que *“ as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência corresponderão a uma nova adjudicação (...) quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam suscetíveis de demonstrar a vontade das partes em renegociar os termos essenciais do contrato”*, como sejam o preço ou prazo.¹⁰⁵

Note-se, contudo, que tanto a doutrina como outra jurisprudência de referência, já considerarão legítima uma modificação em moldes substanciais quando essa possibilidade constar do próprio clausulado contratual inicial.¹⁰⁶

A Doutrina é unânime em considerar que apenas haverá uma nova adjudicação no caso de o contraente público não estar habilitado expressamente, pelas peças do procedimento prévio ao contrato inicial, a introduzir as alterações pretendidas.

Pelo que, na linha da doutrina formulado na sequência do *Ac. Succhi di Frutta*,

¹⁰⁵ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Acórdão Priesstext: Modificação do contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato”, *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 73, CEJUR Edições, 2009, p. 17.

Para este autor, “ (...) a introdução de uma modificação que não se enquadre no *scope of competition* — objetivo da concorrência — prosseguido pela celebração do contrato original, corresponde, de facto, a adjudicação de um novo contrato (...)

¹⁰⁶ IDEM, Ob. cit., pp. 17-18.

afirma-se que a entidade adjudicante goza da capacidade de adaptar o contrato, desde que tal possibilidade esteja prévia e expressamente prevista no contrato inicial.

Quando não prevista em termos “precisos”, a modificação apenas será permitida, se não for considerada “substancial”. Será esse o caso: 1) da alteração que não se encontra prevista em termos “precisos” no procedimento de adjudicação e que: 2) introduza no contrato um conteúdo com características materialmente diferentes das do contrato inicial.

Assim sendo, chegamos à conclusão que, para determinarmos se uma modificação do contrato é, ou não, conforme com o princípio da concorrência e, portanto, não apresenta “alterações substanciais”, será necessária uma apreciação *in casu*, concreta do contrato em apreço por forma a verificarmos se, por um lado, as alterações estão, ou não, previstas *ad initium* no contrato e, por outro, não estando previstas, se as mesmas correspondem, ou não, à introdução de características substancialmente diferentes daquelas que constam do contrato inicial, ao ponto de ser demonstrável a vontade das partes em renegociar os seus termos essenciais.

Em Portugal, o *Acórdão Pressedtext* não se revelou integralmente inovador, designadamente ao impor, como limite ao mecanismo da modificação contratual, o respeito pelo princípio da concorrência, na medida em que o CCP já o prevê no seu artigo 313º/ nº1, pelo que a exigível conexão entre modificação e proteção da concorrência já se encontra devidamente salvaguardada pela lei portuguesa.

O PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE DAS PROPOSTAS¹⁰⁷

Decorre do Princípio da Concorrência, mas também do texto de lei¹⁰⁸, que uma vez ultrapassado o prazo para apresentação/entrega das propostas, o concorrente fica vinculado a elas, não as podendo retirar – *efeito de indisponibilidade*¹⁰⁹ – nem alterar – *efeito de congelamento ou petrificação*.¹¹⁰

Por vezes, por vicissitudes várias, emerge a necessidade de se clarificarem ambiguidades constantes das propostas, mediante a solicitação de esclarecimentos. Deste modo, urge alcançar-se um equilíbrio entre o objetivo da entidade adjudicante em atingir o *Best Value for Money* e o respeito pelo Princípio da Igualdade Concorrencial e da Transparência, nos caso em que a entidade adjudicante confere a um operador económico, após o conhecimento pela entidade adjudicante da sua proposta, a oportunidade de melhorar a sua proposta, sendo-lhe adjudicado o contrato.

¹⁰⁷ Também denominado por Princípio da *Indisponibilidade* ou *Imutabilidade* das Propostas.

As propostas são uma peça fundamental no Direito da Contratação Pública, constituindo a declaração negocial onde o interessado comunica à Administração a sua vontade de contratar e o modo como pretende fazê-lo (art.º 56.º CCP), sendo com base nelas que a entidade adjudicante forma o seu juízo e toma sua decisão de adjudicação — cfr. Ac. STA, de 13.01.2011, Proc. 839/10).

Assim, nenhum outro documento poderá substituir a declaração negocial do proponente, ou seja, o teor da sua proposta inicial. (Ac. TCAS de 07.12.2011, Proc. 8163/11). Neste caso, não seria possível proceder à retificação da proposta, por ser extemporânea e violadora do princípio em estudo, violando aquela um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, facto que determinaria a sua exclusão automática, nos termos do art.º 70.º/2 b) do CCP.

¹⁰⁸ Art.º 72.º/2 CCP

¹⁰⁹ Pode, pois, considerar-se que existe uma obrigação de manutenção das propostas — art.º 65.º + 76.º CCP — que só termina com o decurso do prazo de 66 dias.

¹¹⁰ Cfr. Ac. STA, 19.5.2004, p. 416/04, em que se considerou ilegal uma alteração ao preço global proposto, em consequência da oferta de um preço unitário que não constava inicialmente da proposta; Para o Tribunal, o preço posteriormente apresentado integraria uma alteração suscetível de poder influenciar o resultado final do concurso. No entendimento daquele, se a concorrente tivesse suprido tal omissão em tempo oportuno, ou seja, antes de conhecer os valores contidos nas propostas dos restantes candidatos, a classificação final poderia ter sofrido alterações.

Neste sentido c.f. Ac. 17.10.2006, p. 483/04, e 29.3.2007, p. 681/06.

Também neste sentido, no Ac. *Bus Wallons* do TJUE de 25.04.96, Proc. C-87/94, afirma-se que “quando uma entidade adjudicante tem em consideração uma alteração feita às propostas iniciais de um único concorrente, este é beneficiado em relação aos restantes, violando o Princípio da Igualdade de Tratamento e a Transparência do procedimento”.

Neste caso, “fica excluída qualquer negociação com os candidatos ou concorrentes acerca dos elementos fundamentais do contrato, cuja variação seja suscetível de falsear as regras da concorrência, sendo, no entanto, “permitidos contactos com os candidatos ou concorrentes com o objetivo de conseguir que estes especifiquem ou completem o teor das suas propostas e de especificar ou completar as exigências das entidades adjudicantes, desde que esses contactos não tenham um efeito discriminatório”.

Como se entendeu no Ac. STA de 03.04.2002, Rec. 277/02, “O Princípio da Concorrência postula a consideração dos concorrentes a determinado concurso como opositores uns dos outros, por forma a que compitam entre si e sejam avaliados, bem como as respetivas propostas, sempre e apenas pelo seu mérito relativo, em confronto com um padrão ou padrões iniciais imutáveis. Desse princípio decorre a exigência ou Princípio da Imutabilidade ou da Intangibilidade das Propostas, que proíbe que a proposta apresentada seja objeto de alterações ou correções”.¹¹¹

Este Princípio, visando garantir a sã concorrência, a objetividade, a imparcialidade, a transparência, a igualdade, a não discriminação, a boa-fé e a tutela da confiança, apenas cede nos casos em que esteja prevista a possibilidade de negociação¹¹² e,

¹¹¹ Cfr. também a Ac. STA de 22.11.2011, Proc. 934/11, em que o Tribunal entende que, no âmbito de um Ajuste Direto, o Júri poderia, sem que tal facto violasse o Princípio da Concorrência, em sede de Relatório Final, ter alterado ou retificado as propostas dos concorrentes, com o intuito de aproveitar a maior n.º de propostas possível, mediante a multiplicação dos preços unitários das refeições, apresentados nas propostas dos concorrentes, por um n.º de dias não fixado nas peças, ou seja, nas “regras do jogo”.

Vide também o Ac. TCAS, de 15.09.2011, Proc. 7856/11, em que se afirma que à luz dos Princípios aqui estudados, não é admissível, na fase de Audiência Prévia, que os candidatos alterem ou adicionem elementos às suas candidaturas, já que a essa fase procedimental não se destina a abrir novo prazo de apresentação de documentos ou correção dos mesmos.

No Ac. STA de 30.09.2009, Proc. 0662/09, estava em causa uma exigência pelo Programa do Concurso a que o adjudicatário não correspondia na proposta vencedora apresentada, violando assim o Princípio da Estabilidade das Propostas e da Boa-Fé.

¹¹² Diga-se, a este propósito, que se mantém a fobia aos procedimentos negociais, vistos com tradicional desconfiança quanto à possibilidade de alteração de propostas, encarada com supeita pela possível diminuição das garantias de igualdade, imparcialidade e transparência.

Situação especial passa-se no Procedimento com Negociação em que os concorrentes que operam numa relação de grupo, não podem passar à fase das negociações, na medida em que os riscos de conluio e concertação são elevadíssimos, ou seja, todos os fins que estão associados a esta fase procedimental e o Princípio da Transparência ficariam feridos de morte e a entidade adjudicante perderia a sua força (v.g bluff), já que se as duas empresas estão combinadas, o mais certo é comunicarem entre si, no sentido de a que se sente, posteriormente, à mesa das negociações, não “mexa” no preço.

De acordo com o disposto no art.º 16.º/1 d), 29.º e 193.º do CCP, pode ser escolhido o Procedimento de Negociação para a celebração, designadamente, dos seguintes contratos:

- 1) Empreitadas de Obras Públicas, Aquisição de Bens e Serviços, desde que em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação cujo anúncio tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia, ou em anterior diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º, e o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento;
- 2) Contratos de empreitada de obras públicas, contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e contratos de aquisição de serviços cuja natureza ou condicionalismos da prestação que constitui o seu objeto impeçam totalmente a fixação prévia e global de um preço base no caderno de encargos;
- 3) Contratos de empreitada de obras públicas a realizar apenas para fins de investigação, de experimentação, de estudo ou de desenvolvimento, desde que a realização dessas obras não se destine a assegurar a viabilidade económica das mesmas ou a amortizar os custos daqueles fins;
- 4) Contratos de aquisição de serviços, nomeadamente de natureza intelectual ou dos serviços financeiros indicados na categoria 6 do anexo II-A da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, quando a natureza das respetivas prestações não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, mas a definição quantitativa de outros atributos

portanto, a possibilidade da sua alteração.

Nas palavras do Professor Doutor Rodrigo Esteves de Oliveira¹¹³, “as propostas apresentadas não devem considerar-se na disponibilidade dos concorrentes nem de ninguém, tornando-se intangíveis, documental ou materialmente, valendo pelo seu conteúdo inicial (...)”

Nos termos do art.º 137.º e 176.º do CCP, até ao termo do prazo de apresentação das propostas¹¹⁴, o documento tem um “dono”, podendo o concorrente retirar ou oferecer uma outra e melhor proposta.

Nos termos do art.º 72.º do CCP, “O júri do procedimento pode pedir aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas que considere necessários para efeito da análise e da avaliação das mesmas”, dispondo depois que “os esclarecimentos prestados pelos respetivos concorrentes fazem parte integrante das mesmas, desde que não contrariem os elementos constantes dos documentos que as constituem, não alterem ou completem os respetivos atributos, nem visem suprir omissões que determinam a sua exclusão nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º. Ou seja, esclarecer uma proposta é tornar claro aquilo que era dúbio nela.

Deste modo interpretar, integrar, modificar, reduzir ou aumentar as proposições que constavam da proposta ou da oferta inicialmente apresentada não é inovar, não

seja adequada a essa fixação ou o preço seja o único atributo a ter em consideração na avaliação das propostas, tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida;

- 5) Contratos para cuja celebração pode ser adotado, ao abrigo do disposto no artigo anterior, o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação;

Para além do mais, nos casos de Ajuste Direto com convite a mais que uma entidade (situação que será abrangida pelo novo procedimento de consulta prévia a 3 entidades), pode a entidade adjudicante encetar negociações incidentes sobre os aspetos da execução do contrato a celebrar — cfr. art.º 112.º CCP. Neste caso, o convite indicará se as propostas serão objeto de negociação e, em caso afirmativo: i) Quais os aspetos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante não está disposta a negociar; ii) Se a negociação decorrerá, parcial ou totalmente, por via eletrónica e os respetivos termos (art.º 115.º/2 CCP).

Esta fase de negociações será conduzida pelo júri, devendo incidir apenas sobre os atributos das propostas, que respondem assim aos aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos e que estão sujeitos a avaliação, mediante aplicação dos critérios de adjudicação (art.º 118.º CCP).

Por último, o art.º 148.ºss do CCP, prevê a possibilidade de existirem negociações no caso de contratos de Concessão de Obras Públicas ou de Concessão de Serviços Públicos, sendo esta uma faculdade da entidade adjudicante.

Ora, no que diretamente diz respeito à nossa dissertação, aprez-nos referir que as eventuais negociações a empreender e concluir devem sempre respeitar as regras do jogo instituídas, evitando favorecimento de operadores económicos nacionais, para que estejam em conformidade com o Princípio da Igualdade Concorrencial, Transparência e da Boa-Fé.

¹¹³ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob.cit., p.77

¹¹⁴ Diga-se, desde já, que a redução dos Prazos de Apresentação de Propostas e Candidaturas propugnada pela Diretiva, reforça a necessidade de cumprimento dos requisitos substantivos para determinação do tempo adequado para a resposta do mercado (art.º 47.º).

Por exemplo, quando as propostas apenas puderem ser apresentadas após visita às instalações, os prazos de receção das propostas deverão ser mais longos do que os prazos mínimos, em nome do Princípio da Concorrência e da Adequação já previstos no art.º 63.º/2 do CCP. Ou seja, prever um prazo insuficiente equivale a não adotar um procedimento concorrencial (adoção de ajuste direto encapotado).

sendo admitido, neste sentido, ao concorrente “mexer” na proposta na pendência do procedimento¹¹⁵, sob pena de “grave sacrifício” do princípio da concorrência, da certeza e segurança jurídica (decisão certa que o mercado conhecia), conduzindo à invalidade da respetiva alteração.

A mesma ideia encontra-se também consagrada no art.º 183.º do CCP, no que respeita ao rigor exigido em sede de esclarecimentos sobre os documentos destinados à qualificação dos candidatos.¹¹⁶

Este princípio é aplicável em todos os procedimentos competitivos, desde que, por força da lei, se não admita aí a modificabilidade da proposta inicialmente apresentada, como sucede, designadamente, no Leilão Eletrónico¹¹⁷, nos Procedimentos de Negociação¹¹⁸, nos Concursos com fase de negociação¹¹⁹, no Ajuste Direto¹²⁰ se a entidade adjudicante o prever e no Diálogo Concorrencial¹²¹ no que respeita às soluções apresentadas.

Do supra exposto decorre também o Princípio da Intangibilidade das condições de adjudicação, no sentido em que, salvo para introdução de condições acessórias e em benefício da entidade adjudicante, depois da adjudicação não podem ser introduzidas, por acordo entre as partes, ajustamentos à proposta escolhida.

De igual modo, daqui resulta também o Dever de adjudicar da entidade adjudicante. Ou seja, salvo casos excecionais, do art.º 79.º do CCP, a entidade adjudicante não pode desistir se já tiverem sido apresentadas propostas de contratar.

No entanto, o regime rigoroso e excessivamente formalista que acabámos de referir tem alguns desvios¹²², cedências, verdadeiras exceções no que respeita à exclusão das propostas e que, consequência da enorme pressão da justiça, leva a que os tribunais descubram uma exceção à lei, correndo-se o risco de “se abrir a *caixa de pandora*”!

¹¹⁵ Exemplificando, se o proponente declarou na proposta que os trabalhos seriam executados do modo X e, posteriormente, ao termo do prazo de apresentação das propostas vem dizer que afinal os trabalhos deveriam ser executados de modo Y, isso levaria a uma interpretação e inovação da proposta, ou seja, seria apresentada outra proposta diferente da inicial o que implicaria a sua exclusão, à luz deste princípio.

¹¹⁶ Cfr. Ac. TJUE, de 10.12.2009, Proc. T-195/08 que reza: “*Pode pedir-se esclarecimentos quando a redação de uma proposta é ambígua e as circunstâncias do caso indicam que a ambiguidade pode verosimilmente explicar-se de forma simples e ser facilmente removida. Ao invés, quando uma proposta for ambígua e não houver forma como determinar, rápida e eficazmente, a que corresponde efetivamente essa proposta, não há outra possibilidade senão excluí-la.*”

“Quando o preço em falta para uma rubrica no orçamento de uma proposta não pode ser diferente do preço proposto pelo concorrente para outra rubrica, e **só por inadvertência** esse preço não foi mencionado para a outra rubrica, a falta de indicação do preço constitui um simples **erro material** nessa proposta ou, pelo menos, uma **ambiguidade** que se pode explicar de forma simples e **remover facilmente**, devendo o concorrente ser admitido”

¹¹⁷ Art.º 140.º CCP

¹¹⁸ Art.º 193.º ss CCP

¹¹⁹ Art.º 149.º ss CCP — No art.º 149.º, é visível a enxertação de uma fase de negociações no Concurso Público, sempre que o valor seja inferior ao limiar comunitário.

¹²⁰ Art.º 118.º ss CCP

¹²¹ Art.º 213.º e 214.º do CCP

¹²² No que concerne aos desvios formais, eles contendem com o enriquecimento do documento, enquanto que os desvios materiais dizem respeito ao conteúdo da proposta.

Desde logo, em caso de *Erros Manifestos*¹²³, de cálculo, de escrita, nos termos do art.º 249.º do Código Civil, deve admitir-se a sanação de correções e emendas de pormenor, em nome de uma decisão justa, encontrada caso a caso.

Em segundo lugar, admite-se a possibilidade de a entidade adjudicante, em homenagem ao Princípio do Aproveitamento dos Atos, recuperar um concurso ilegal, mediante um reajustamento das propostas, no aspeto em que o caderno de encargos ou o programa era ilegal, enfermando de vício de nulidade.

Em terceiro lugar, em conformidade com o Princípio da Proporcionalidade, pode também admitir-se, excecionalmente, a prestação de informações ou de documentos (não integrantes da proposta) supervenientes pelos concorrentes, visando a supressão de uma omissão, por lapso, da sua proposta.¹²⁴, sem prejuízo dos valores da concorrência.

Por último, torna-se pertinente fazer a distinção entre modificações com fundamento em *operações de mera conclidência* ou com recurso a *cálculos puramente matemáticos* e *operações de substituição/reformulação dos juízos de mérito*, dos atributos constantes da proposta para, mal ou bem, responder ao “projeto contratual”, incidindo sobre opções criativas do concorrente.

Ora, deve admitir-se a possibilidade de acertos/ajustamentos das propostas com base nas primeiras operações supra referidas, feitas com base em critérios transparentes e objetivos. Já assim não sucede com as alterações fundadas no segundo tipo de operações, devendo excluir-se liminarmente essa possibilidade.¹²⁵

¹²³ Ac. TCAN, 14.6.2007, proc. 1657/05 — No caso, todos os documentos da proposta se referiam ao prazo legal de execução da obra, à exceção de um deles cujo prazo referido se encontrava desconforme com o caderno de encargos. Ou seja, apenas um dos documentos que constituíam a proposta divergia do Caderno de Encargos e tal divergência fundamentava-se num erro evidente e palmar que deveria ter sido objeto de esclarecimento por parte do dono de obra. Tal situação configura, pois, um mero erro de escrita, impondo que o júri do concurso devesse ter solicitado esclarecimentos e que corrigisse tal erro constante da proposta, sem tal situação implicar qualquer violação do Princípio da Concorrência ou da Imparcialidade.

Poder-se-á enquadrar, de igual modo neste tipo de situações, o caso de o concorrente declarar em todas as páginas da proposta que o prazo de execução do contrato seria de 30 dias, à exceção de uma página do documento, onde afirma, por lapso, que o prazo é de 300 dias!!

¹²⁴ Ac. STA 14.12.2011, Proc. 782/11, no que respeita à supressão de irregularidades formais. Exigia-se ao candidato, para efeitos de cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira, Declarações IES referentes aos anos de 2007, 2008 e 2009, caso o candidato tenha três exercícios de atividade, ou declarações referentes aos anos concluídos. Tendo o candidato enviado três declarações com a identificação daqueles três anos, mas com o lapso de, no ano de 2008, ter integrado a declaração de 2009, que assim seguiu duas vezes, deve considerar-se esse lapso equivalente a erro material se, ainda antes da reunião do júri, embora depois do prazo, o candidato fez o envio do documento certo, não existindo qualquer dúvida de que ele preexistia e que não podia ser adulterado ou manipulado; nessa situação, não é aplicável o regime da primeira parte do 148º/2, e), CCP.

¹²⁵ Exemplificando, se um concorrente, não efetua a dedução (imposta no caderno de encargos) de determinados valores na sua proposta, por mero lapso, não parece que a melhor solução passe necessariamente pela exclusão liminar da sua proposta, devendo dar-se a oportunidade ao concorrente de proceder, oficiosamente, a essa dedução, mas sempre com o conhecimento dos restantes concorrentes, para terem a oportunidade de se pronunciarem. Também aqui, seguindo a posição do Professor Doutor Rodrigo Esteves de Oliveira, não se afigura uma violação do princípio da concorrência se for dada essa oportunidade de pronúncia partindo-se para a exclusão definitiva da proposta, no caso de o lapso se manter.

No que respeita aos problemas documentais das propostas, são visíveis as preocupações de segurança, certeza e previsibilidade do legislador no art.º 146.º/2 do CCP, ao prever a exclusão da proposta que não seja acompanhada de todos os documentos exigidos na peça do procedimento.

Por fim, temos a situação de, no âmbito de um concurso, haver a exclusão da proposta por alguns dos documentos integrantes daquela não estarem assinados eletronicamente. Sucede que, tais documentos não foram assinados por se encontrarem numa pasta zipada, essa sim assinada (c.f art.º 62.º/1 e 4 do CCP, conjugado com 27.º da Portaria 701-G/2008, de 29 de Julho). Uma interpretação rígida e restritiva deste último preceito legal, conduziria à necessidade de todos os documentos serem assinados eletronicamente, pelo que tendo utilizado o legislador o termo “*documento*” e não o de “*ficheiro*”, teria como consequência a necessidade de todos os documentos que constem de um ficheiro zipado serem assinados e, conseqüentemente, no caso, levaria à exclusão

da proposta (art.º 146.º/2 I) do CCP).

No entanto, se concedermos a irregularidade como não essencial, a não exclusão da proposta só favorece a concorrência sem ofensa dos valores da previsibilidade, da segurança e da certeza, ao nível da autenticidade e da fidedignidade da documentação apresentada bem como da inviolabilidade dos documentos apresentados.¹²⁶

¹²⁶ Cfr. JORGE ANDRADE SILVA, *Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado, Alameda, 2008, p.94.*

Vide também Acórdão do TCAN, de 27.04.2012, que decidiu que: “*não se deve considerar esta falta de assinatura nestes documentos um erro substancial*”,

Pelo que, não deveriam ser as propostas excluídas com base nesse fundamento. Contudo, esta linha jurisprudencial veio a ser interrompida, pelo Acórdão do STA, de 30.01.2013, que entendeu que quanto aos documentos que não têm assinatura, o regime legal é presentemente imperativo e, portanto, julgou que “*[...] a força da garantia que se pretende com a exigência de assinatura de cada um dos documentos não se verifica no caso concreto, com a remessa de documentos em pastas compactadas, mas sem a assinatura em cada um deles. Sendo assinado cada um dos documentos individualmente, o compromisso contido em cada um é inequivocamente assumido com a assinatura, o que não ocorre com a mera assinatura de pastas*”. No entanto, tratando-se de documentos complementares à proposta apresentada, poderão os mesmos ser objeto de um entendimento diverso.

O PRINCÍPIO DA COMPARABILIDADE DAS PROPOSTAS OU CANDIDATURAS

Como veremos ao longo desta exposição, este Princípio é uma manifestação de que este princípio tutela, sobretudo, a relação entre a entidade adjudicante e os concorrentes/candidatos.

Dele decorre a afirmação que as propostas, para serem comparáveis¹²⁷, devem responder, nos seus atributos, a um padrão comum/único, ou seja, a todas as e apenas às especificações requeridas nas peças e dentro do âmbito por elas exigido.

De referir, desde já, que essa comparabilidade é circunscrita às propostas e candidaturas que estão em conformidade com as regras do procedimento¹²⁸, cabendo à Administração o poder discricionário na fixação dos termos e critérios da comparabilidade, salvos situações de arbitrariedade/ilegalidade ou erro grosseiro/absurdo.

O escopo principal a prosseguir com a consagração deste princípio, é assegurar uma concorrência real e efetiva, garantindo que as propostas contêm todos os atributos (quesitos e requisitos do concurso¹²⁹) e especificações exigidos nas peças do procedimento e se enquadram nos limites ou exigências aí definidos, nos parâmetros base do caderno de encargos, visando a *plena comparação entre elas*¹³⁰, na perspetiva da aplicação do critério de adjudicação, para se saber qual a *best offer* que o mercado forneceu.

Um dos corolários deste princípio estabelece a exclusão¹³¹ das propostas que não apresentem algum dos atributos¹³² relativos a aspetos submetidos à concorrência pelo caderno de encargos¹³³, parecendo “*eliminar-se a classificação zero*”¹³⁴

¹²⁷ Ou seja, analisadas, avaliadas e classificadas racionalmente.

¹²⁸ Cfr. Ac. *Storebaelt*, de 22.06.2003, Col. 1993, p. I-3353

¹²⁹ Constituem, deste modo, um ponto de referência obrigatório para todos os concorrentes que, por exemplo apenas “*apostarão mais*” no prazo de execução ou na qualidade dos materiais, se estes requisitos constarem do caderno de encargos, aplicando-se a esses fatores de ponderação um certo coeficiente.

Caso nada seja dito no caderno de encargos acerca destes requisitos, valerá como critério de adjudicação o preço mais baixo.

Ou seja, para que o concorrente saiba se certo aspeto da proposta é submetido à concorrência, é necessário que figure nos fatores de ponderação aquando da aplicação dos critérios de adjudicação.

¹³⁰ Cfr. Ac. STA de 08.09.2004, Proc. 0890/04

¹³¹ Cfr. art.º 70.º/2 a) do CCP

¹³² Ao contrário dos Atributos da proposta que dizem respeito a aspetos submetidos à concorrência pelo caderno de encargos (57.º/2 b) do CCP), os Termos ou Condições da proposta são relativos a aspetos destas, não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos. Por exemplo, se não estiver ponderado o dia de entrega da proposta, sendo este indiferente à entidade adjudicante, então estamos perante um aspeto da proposta não submetido à concorrência, configurando um Termo ou Condição da proposta — c.f 56.º do CCP e 57.º/1 c) do CCP.

¹³³ Exemplificando, no caso de não se estabelecer qual o prazo de execução da obra.

¹³⁴ Ou seja, parece não se admitir que o júri sancione a falta de atributo, atribuindo-lhe, no

Uma segunda manifestação do Princípio da Comparabilidade das propostas prevê a exclusão das propostas cujos atributos violem os parâmetros base¹³⁵ do caderno de encargos ou que estabeleçam termos ou condições em aspetos não submetidos à concorrência – art.º 70.º/2 b) do CCP. O legislador, parece, deste modo, eliminar a possibilidade de o júri, obviar a esta irregularidade da proposta, “presumindo como não escrita” a parte ilegal e substituindo-a, pelo parâmetro base vinculativo fixado no caderno de encargos.

Por último, estabelece-se no art.º 70.º/2 c) do CCP, o dever de exclusão das propostas cuja impossibilidade de avaliação decorra da forma de apresentação dos atributos.

Sucedem porém, que, por vezes, em nome do interesse público e do princípio da proporcionalidade¹³⁶, torna-se necessário, adotar medidas de intervenção administrativa, visando a salvaguarda da comparabilidade das propostas, reconduzindo-as a um padrão comum, para assim a oferta de propostas ser maior. No entanto, este desiderato, encontra resistência no Princípio da Intangibilidade, e só uma avaliação casuística aferirá da legitimidade desta intervenção. Assim nos parece ser quando, por causa da imprecisão do caderno de encargos, as propostas respondem em termos diversos ou mesmo defeituosos a um comum projeto contratual, mas sempre e desde que essa ação administrativa seja suscetível de ser feita com recurso a critérios objetivos, transparentes e sem quebra da lógica concorrencial.¹³⁷

aspeto ou fator de adjudicação em causa, zero valores.

¹³⁵ Veja-se o caso hipotético de a entidade adjudicante pontuar com 50% as propostas com o melhor preço, estabelecendo, no entanto, no caderno de encargos, o preço base no limite máximo de 10.000 eur. Se um concorrente oferecer uma proposta no valor de 11.000 eu0sr, está a violar um parâmetro base fixado no caderno de encargos, levando à sua exclusão.

Também haverá exclusão do concorrente no caso de, pese embora a entidade adjudicante não queira pontuar a data de entrega, ela define como parâmetro base a data de entrega entre 1 e 30 de abril e um concorrente apresenta uma proposta com data de entrega em maio.

¹³⁶ Que apenas impõe a exclusão de propostas que não sejam aproveitáveis, cujos vícios sejam insanáveis.

¹³⁷ Ac. do STA de 16.06.2005, proc. 1204/03. No caso em apreço, a entidade adjudicante lançou um concurso para serviços de vigilância, em que um dos fatores de avaliação das propostas era o encargo com o pessoal, sendo as peças do procedimento omissas quanto ao Acordo Coletivo de Trabalho aplicável *in casu* e que os concorrentes deveriam ter em consideração no momento de elaborar os mapas de vencimento e encargos obrigatórios a apresentar.

Deste modo, uns concorrentes ofereceram propostas com base nos custos remuneratórios dos trabalhadores ao abrigo do ACT em vigor à data da apresentação da proposta e outros consideraram o ACT em vigor à data da execução do contrato.

O STA considerou que a Administração deveria informar os concorrentes a qual dos ACT se deviam reportar, convidando-os a corrigir as respetivas propostas quanto a esse item, ou até officiosamente, ela própria corrigir os valores (mediante uma regra de três simples) apresentados de acordo com os valores mínimos legais aplicáveis consoante a tabela que escolhesse”.

Neste caso, recorreu-se a uma fórmula matemática para reconduzir as propostas a um padrão comum que permitisse a sua comparabilidade racional entre si, sob pena dos valores da concorrência. Ora, verificou-se que tal exercício não colidiria com o princípio da *intangibilidade das propostas*, não modificando o conteúdo das mesmas, uma vez que o quadro de pessoal se mantinha tal como foi indicado pelos concorrentes, consistindo as alterações em operações aritméticas de acerto dos vencimentos com o mínimo obrigatório face ao ACT considerado de acordo com o esclarecimento prestado.

Casos há, no entanto, em que, por decorrência da primazia atribuída em concreto ao princípio da concorrência, e por facto imputável à entidade adjudicante¹³⁸, as propostas se tornam insuscetíveis de comparação, não podendo conduzir à exclusão da proposta, mas sim à anulação do procedimento.

Por fim, podemos afirmar, na esteira do Professor Rodrigo Esteves de Oliveira¹³⁹, que em certos casos¹⁴⁰, pode legitimar-se uma “solução mitigada das exigências da plena regularidade das propostas e da sanção da sua exclusão prevista nos art.º 70.º/2 a) b) e c) do CCP.

Tendo procedido à análise e avaliação das propostas tal qual as mesmas foram apresentadas, considerou o STA que a Administração confrontou realidades diversas, comparou propostas que respondem a diferentes quesitos, não fazendo funcionar a Concorrência e, conseqüentemente, sendo violado o Princípio da Comparabilidade das Propostas e prejudicada a finalidade ou função do próprio procedimento concursal — Cfr. Ac. STA de 08.09.2004, Proc. 0890/04.

¹³⁸ Caso a irregularidade ou falta seja imputável ao concorrente, aí sim, a consequência legal será a exclusão da proposta.

¹³⁹ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, Ob. Cit., p.76

¹⁴⁰ Por exemplo, em procedimentos com fase de negociação. Dado que as propostas serão alvo de alterações, se a falta ou irregularidade da proposta não afetar um aspeto determinante à sua compreensão e avaliação, poderá admitir-se a “vinda” da proposta à fase de negociação.

O PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE SUBJETIVA¹⁴¹

Segundo este postulado, quem se apresenta ao procedimento adjudicatório, apresentando uma proposta ou candidatura, é o concorrente ou candidato, com o formato/fisionomia com que se apresentou (como determinada pessoa individual ou coletiva ou como um agrupamento¹⁴² de pessoas individuais e/ou coletivas), e deve manter-se com essa composição na pendência do procedimento.

No que respeita à questão das modificações na composição do agrupamento, na pendência do procedimento, devemos distinguir três tipos de situações:

1) **Entrada de uma nova pessoa no agrupamento** (alteração para mais na composição subjetiva do concorrente/candidato). Nestes casos, a solução parece passar pelo afastamento desta hipótese, na medida em que a ser admitida tal possibilidade, levaria à admissão de entrega das propostas fora do prazo que parece estar excluída, esgotando-se a partir de certo momento. Ou seja, o momento da apresentação das propostas surge aqui como marco/limite temporal no sentido de a concorrência se estabilizar.

2) **Saída de uma pessoa do agrupamento** (alteração para menos na composição subjetiva do concorrente). Aqui, defende-se a não exclusão necessária/automática, ou seja, aquele facto não tem que, inevitavelmente, conduzir à exclusão do concorrente, tudo dependendo¹⁴³, em concreto, da analisar/ponderar casuística e objetivamente o impacto/influência que o membro do agrupamento tinha, pela sua (ir) relevante atuação na economia geral da proposta, sobre aquele, em termos técnicos, financeiros¹⁴⁴ ou profissionais. No entanto, a regra (tendência) é que a saída de um membro leva ou pode levar ao decaimento do grupo.

¹⁴¹ Ou seja, o Princípio da *Estabilidade Subjetiva* dos Candidatos e dos Concorrentes de um Procedimento de Contratação Pública.

¹⁴² Cfr. art.º 54.º do CCP que admite a possibilidade de uma entidade adjudicante estabelecer restrições ao direito que assiste aos participantes em procedimentos de adjudicação de apresentarem as respetivas propostas integradas em agrupamentos.

Mas este facto está sujeito a três limites: a) essas restrições não podem, em concreto, impedir, restringir ou falsear a concorrência; b) esses condicionalismos apenas podem ser impostos na fase de apresentação de propostas de procedimentos em que há fase inicial de qualificação, sendo que nesta fase não poderá haver lugar a tais limites; c) essas restrições não poderão conduzir à exclusão da possibilidade de em qualquer fase do procedimento, um operador económico apresente uma proposta em agrupamento com terceiras entidades que não foram qualificadas no procedimento em causa.

¹⁴³ MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. Cit., p. 115-116, que afirmam que a não exclusão automática do agrupamento dependerá “*se tal facto não for relevante em sede de apreciação da idoneidade do concorrente*”.

Já para CLÁUDIA VIANA, ob. Cit., p. 236, “*essas alterações só podem ser admitidas se não tiverem reflexos em relação à avaliação da idoneidade mas também das capacidades dos concorrentes*”.

¹⁴⁴ Exigindo-se, por exemplo, uma instituição bancária/financeira e se esta sai, parece que a melhor solução passará pela exclusão do concorrente.

3) **Troca de um membro do grupo** (substituição da composição subjetiva do concorrente), entrando uma nova entidade, por troca com outra, também não se aceita, na medida em que essa situação levaria a que se admitisse a apresentação de uma proposta fora do prazo.

Situação diversa das hipóteses supra apresentadas, relaciona-se com a **alteração da estrutura societária ou jurídica**¹⁴⁵, que não acusa quaisquer consequências ao nível da

exclusão do concorrente.

Partindo do que fora lavrado no Ac. *Makedoniko Metro*¹⁴⁶, podemos questionar-nos se a problemática da admissibilidade da modificação na fisionomia subjetiva de um concorrente é uma questão ou não de direito nacional de cada EM.

Entendeu o TJUE, que uma modificação da composição subjetiva de um agrupamento de empresas, ou seja, a alteração ao universo concorrencial que participava no procedimento, não seria contrária ao direito comunitário, desde que admitida pelo direito interno. Ou seja, apenas seria impedida a substituição de um membro do agrupamento, na fase pré-contratual, após a apresentação das propostas, privando o agrupamento de participar no procedimento, caso o Direito Interno assim o impusesse.

No entanto, segundo CLÁUDIA VIANA¹⁴⁷, aceitar alterações no universo concorrencial subjetivo “pode por em causa este princípio, que decorre do Princípio da Igualdade de Tratamento”.

Pelo que, ainda segundo a autora, torna-se pertinente e necessário a convocação dos princípios comunitários, sempre presentes, funcionando como “guiões” das entidades adjudicantes.

Desde logo o Princípio da Igualdade de Tratamento, que, tendo em vista, nomeadamente, o desenvolvimento de uma concorrência efetiva entre os operadores económicos, adota, como regra geral, “a proibição de alterações da posição dos concorrentes, na medida em que consubstanciem uma inovação no universo concorrencial, com impacto na avaliação das capacidades dos concorrentes”¹⁴⁸.

Posto isto, contrariando o entendimento do Ac. *Makedoniko Metro*, partilho da perspetiva da Professora Doutora CLÁUDIA VIANA no sentido de não se entregar” exclusiva e totalmente à liberdade do legislador nacional, a regulamentação destas questões, na medida em que não estamos perante uma matéria de foro exclusivamente doméstico.

Em suma, podemos afirmar, tal como a “porosidade genética” dos princípios exige, este princípio requer uma ponderação casuística e concreta, considerando o

¹⁴⁵ Exemplificando, no caso de uma Sociedade por Quotas se “converter” numa Sociedade Anónima — alteração da forma, dos acionistas, não modificando a empresa ou no caso de haver alterações na composição do capital acionista da empresa concorrente, passando, por exemplo, a ser detido pela própria entidade adjudicante.

¹⁴⁶ Ac. do TJUE, de 23.01.2003, Proc. C-57/01. Para o TJUE.

¹⁴⁷ CLÁUDIA VIANA, ob. Cit., p.236

¹⁴⁸ Cfr. MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. Cit., p.297

tipo de procedimento em causa, o momento da alteração e o fundamento da alteração, tendo por base o art.º 54.º/4 do CCP¹⁴⁹ que, salvo melhor opinião não pretende ter eficácia retroativa, conferindo estabilidade concorrencial subjetiva na pendência do procedimento.

¹⁴⁹ Reza o artigo 54.º/4 do CCP: “Em caso de adjudicação, **todos os membros** do agrupamento concorrente, e apenas estes, **devem associar-se, antes da celebração do contrato**, na modalidade jurídica prevista no programa do procedimento”.

“LINKED UNDERTAKINGS”¹⁵⁰

Esta é uma das questões que mais tem suscitado o interesse dos valores da concorrência, da igualdade e da transparência.

Hoje em dia, é muito natural haver empresas em relações de subordinação/ domínio e apresentarem-se agrupadas a um procedimento de contratação pública.

No entanto, para o caso, a interrogação que se coloca é saber se ocorre fundamento de restrição à participação em procedimentos de adjudicação de empresas constituídas sob forma societária, quando as mesmas sejam detidas a 100% do seu capital social por uma outra sociedade, por isso sob domínio total dessa entidade, a qual em si mesma não é concorrente.

Ou dito de outra forma, será proibido, sem mais, a duas empresas detidas por uma terceira (ou quando exista uma relação de domínio entre elas), apresentarem-se isoladamente a um procedimento? E, caso seja, para efeitos da exclusão das suas propostas, exige-se prova ou indícios fortes da existência de práticas ou acordos suscetíveis de falsear a concorrência ou, assiste-se a uma proibição sem mais?

Uma solução proposta para evitar a participação duplicada de uma única pessoa jurídica, seria aplicar a chamada “*disregard of legal entity doctrine*”. Ora, segundo esta, a personalidade coletiva é meramente instrumental, na medida em que o Direito reconhece as Pessoas Coletivas por serem benéficas para o homem, ou seja, essas entidades (Sociedades, Fundações, etc...) não têm razão de ser em si mesmo, estão ao serviço do homem, mas no final dessa cadeia estará sempre uma pessoa física. Desse modo, exige-se “levantar o véu” da personalidade coletiva para ver qual a pessoa singular que está por detrás. No fundo, há, literalmente, uma desconsideração das entidades legais, surgindo, no caso, a *empresa-mãe* como a entidade que colhe verdadeiramente os benefícios da proposta (vencedora) das *empresas-filhas/irmãs*.

¹⁵⁰ Outra situação que é digna de exposição, prende-se com o subprincípio da **Proposta Única**, que, nos termos do disposto do art.º 54.º/2, conjugado com o art.º 146.º/2 b), ambos do CCP, advoga que é proibida a **participação simultânea** de empresas em agrupamentos ou isoladamente, ou seja veda-se a hipótese de se *jogar em dois tabuleiros*, a **dupla participação**. Imagine-se a hipótese de a Empresa A, que se apresenta isoladamente a concurso público e a esse mesmo procedimento, apresenta-se, posteriormente, agrupada. Também se impede a possibilidade de essa mesma empresa A estar em dois agrupamentos ao mesmo tempo, ou, primeiro num agrupamento e, posteriormente, isoladamente. A solução oferecida pelo art.º 146.º/2 b) do CCP (exclusão da proposta no relatório preliminar), parece-nos, na esteira do Professor Doutor Rodrigo Esteves de Oliveira, uma má solução, exigindo-se uma interpretação restritiva dessa disposição legal. Isto porque, parece excessivo e pouco razoável, que por causa da conduta, ainda que fraudulenta, de um elemento do grupo, “pague” o agrupamento todo! Pelo que, advoga-se, salvo o devido respeito, uma interpretação que conduza apenas à exclusão de quem praticou a conduta contrária à lei e não uma interpretação literal que leva à exclusão de todas as propostas do agrupamento.

Grande parte da jurisprudência nacional¹⁵¹ entendia ser inadmissível a participação, isoladamente, de duas empresas numa relação de grupo. Entendia-se que estava em causa o facto de o jogo da livre concorrência e rivalidade ficarem irremediavelmente prejudicados com a admissão de propostas que, apesar de provirem formalmente de duas ou mais sociedades legalmente diferentes, podem ser imputadas a um único centro de interesses. Ou seja, as sociedades dominadas não são consideradas terceiros em relação às sociedades dominantes e, portanto não têm legitimidade para apresentar outra proposta em igual concurso. Seria, pois, uma interpretação que favoreceria a imparcialidade e a justiça, em detrimento da concorrência. No entanto, com o Ac. *Fabricom* (TJUE de 03.03.2005, Proc. C-21/03 e C-34/03, Colect. p. I-1559) e o Ac. *Assitur* (TJUE, 2009, Proc. C-538/07), a jurisprudência portuguesa evoluiu para uma interpretação baseada no Direito/Jurisprudência Comunitária tendencialmente estável e previsível.

No primeiro caso, o TJUE considerou que o legislador belga teria violado as Diretivas Comunitárias da contratação pública, ao gizar uma norma (excessivamente restritiva, além do necessário) nos termos da qual a pessoa encarregada da investigação, da experiência, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços, não está autorizada a apresentar uma candidatura ou uma proposta num concurso relativo a um contrato de EOP, de prestação de fornecimentos ou de serviços, sendo automaticamente excluída do procedimento sem que lhe seja dada a essa pessoa a oportunidade de provar que, nas circunstâncias concretas, a experiência por ela adquirida não pode ter levado a falsear a concorrência.

No Ac. *Assitur* discute-se uma norma de direito nacional italiano que, embora prossequindo objetivos legítimos de igualdade e transparência nos procedimentos, proíbe, desproporcionadamente, a participação, simultânea e separada, num procedimento adjudicatório de empresas que se encontrem numa relação de domínio.

Tal relação implicaria a existência de um único centro de decisão, desembocando na exclusão automática das duas sociedades, do procedimento.

¹⁵¹Veja-se o Ac. TCAS, de 31.08.2010, Proc. 06516/10. Entende o Tribunal que o facto de duas sociedades apresentarem propostas diferentes em igual concurso, pertencendo ao mesmo grupo de sociedades coligadas, em domínio total inicial, consubstancia, *per se*, factos que, em abstrato, configuram a violação do Princípio da Concorrência e Igualdade do art.º 1.º/4 do CCP, pelo que a solução deverá passar, em homenagem a uma interpretação do art.º 70./2 g) do CCP como norma de perigo (basta a existência de uma relação de coligação para haver exclusão), pela exclusão automática e imediata das propostas cuja análise revele a existência de fortes indícios de práticas e acordos suscetíveis de falsear a concorrência. Evita-se, deste modo, a continuação de um procedimento que está inicialmente “contaminado”.

Acompanhando o mesmo entendimento, andou bem o Tribunal ao considerar, no Ac. TCAS de 11.08.2010, que se exige, para efeitos de estarmos perante uma prática restritiva da concorrência, que da produção de prova, tendo por objeto o teor das propostas apresentadas no procedimento, resulte demonstrado que, entre as sociedades por si ligadas numa relação de domínio total, houve troca de conhecimentos sobre o concreto conteúdo de cada uma delas, aquando da sua formulação preparatória, conferindo-lhe a vantagem de avançarem para o procedimento de modo articulado e concertado, atropelando as regras da oposição e concorrência do mercado público, “potenciando fora do quadro do mérito relativo das respetivas propostas, as hipóteses de escolha de uma delas, por parte da entidade adjudicante.

Tal exclusão seria consequência de uma *presunção iuris et de iure* da cognoscibilidade da proposta da sociedade dominada por parte da sociedade dominante e que afetaria, irremediavelmente, o grau de independência, fiabilidade e integridade da sociedade dominada e, conseqüentemente poria em causa o jogo da livre concorrência e rivalidade efetiva entre operadores económicos.

Nas conclusões do advogado geral, Jan Mazak, pode retirar-se que, em matérias que não se reportassem à honestidade profissional, à solvabilidade ou fiabilidade dos candidatos e que, não são exaustivas do direito comunitário, podem os sistemas internos estabelecer, com base nessas razões, outras causas de exclusão. Pelo contrário, nessas matérias, há uma exaustividade do direito comunitário, vedando-se a possibilidade dos sistemas internos, estabelecer outras causas de exclusão.

No entanto, ainda segundo as conclusões do advogado geral, tendo em conta que são os EM's que estão na melhor posição para adotar medidas que visem prosseguir o Princípio da Igualdade de Tratamento e da Transparência, podem estes aprovar normas que garantam aqueles princípios, não devendo, no entanto, ir além do estritamente necessário para alcançar esse objetivo, em homenagem ao princípio geral da proporcionalidade.

Deste modo, entende o TJUE não se estabelecer a exclusão automática e imediata, sem mais, das propostas de duas empresas, em relação de grupo/domínio e que participam, isoladamente, no procedimento, em que uma das empresas concorrentes é detida por uma outra empresa, que por sua vez é integralmente participada por outra empresa concorrente. Assim, pese embora a norma nacional prossiga fins legítimos como a igualdade e a transparência nos procedimentos, ela implica a exclusão imediata, excedendo o estritamente necessário para alcançar aqueles fins, violando, portanto, o princípio da proporcionalidade. Com este entendimento, pretende-se salvaguardar o *favor partitipationis*, o mais amplo número de fornecedores a participar em procedimentos de contratação pública. Neste sentido, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, da transparência e da concorrência, e, tendo em conta que o entendimento que a norma do art.º 70.º/2 g) do CCP é uma *norma de resultado*, deve dar-se, obrigatoriamente, em concreto, invertendo o ónus da prova, a possibilidade de provar¹⁵² que as relações existentes entre elas não influenciaram resultado final e não constituem um obstáculo à igualdade de tratamento e transparência dos procedimentos.

Desta forma, confere-se à sociedade dominante e à dominada a hipótese de demonstrar que a relação existente entre as duas sociedades não afeta, pela sua natureza, uma execução correta e transparente do procedimento de adjudicação e de provar que ambas agiram de modo competitivo, que não houve ótica de grupo que desvirtuasse a concorrência e que as propostas foram apresentadas de modo independente e autónomo, sem influência de uma sociedade na apresentação da proposta da outra.

¹⁵²Isto levanta alguns problemas, seja no caso de se tratar de uma *Diabolica Probatio* (é muito difícil provar um facto negativo), ou seja, pelo contrário, no caso das *Chinese Walls*, separando-se dois departamentos da mesma empresa, trabalhando em cada tarefa (em que seria uma mera imposição no sentido de apenas declarar o facto negativo, sem fundamentação, o que conduziria a que “viesse ao procedimento a máxima concorrência possível”).

Com efeito, segundo o direito comunitário, a mera participação de uma sociedade no capital de outra não bastaria, por si só, para excluir um candidato de um concurso, se não for estabelecida uma ligação funcional entre essas sociedades.

Com base nestes dois últimos acórdãos comunitários, começou a jurisprudência nacional¹⁵³ a ter um entendimento da matéria no sentido da admissibilidade da participação, isoladamente, num procedimento, de duas empresas numa relação de grupo, deixando para um momento posterior, avaliar se a concreta atuação dessas empresas redundou no falseamento das regras da concorrência, não resultando este numa mera presunção resultante da sua antecedente e originária situação de domínio.

Admite-se, deste modo, que a existência de uma relação de domínio ou de grupo em que se encontrem certas empresas, não obsta, *per se*, à participação, simultânea, daquelas no procedimento, com propostas autónomas e distintas.

Neste sentido, veio o TCAS pronunciar-se no Ac. de 25.03.2010, Proc.5806/09¹⁵⁴, entendendo que “não sendo proibida a participação simultânea num mesmo procedimento adjudicatório de empresas que se encontram numa relação de domínio ou de grupo, é perante as circunstâncias concretas que terá de se avaliar se foi falseada a concorrência. Verifica-se uma violação do princípio da concorrência quando os administradores de duas das empresas concorrentes a um concurso são os mesmos, as propostas de ambas estão assinadas por um administrador comum e apresentam uma estrutura formal e gráfica muito idêntica e, nalguns casos, mesmo igual”. Nestes casos, convém dizer-se, que será, àquelas empresas, muito difícil provar a sua independência, ou seja, demonstrar, em concreto que não estão concertadas.

¹⁵³ Cfr. Ac. STA 11.01.2011 (p. 851/10) e 31.03.2011 (p. 17/11), TACS 31.08.2010 (p. 6516/10), 30.9.2010 (p. 6517/10), 3.02.2011 (p. 6545/10) e 12.5.2011 (p. 7536/11)

¹⁵⁴ No caso, apresentaram-se a concurso, isoladamente, duas empresas irmãs — a *PT Prime* (mais competitiva no serviço) e a *PT Corporate* (mais competitiva no preço) — detidas integralmente pela PT SGPS, que beneficiará sempre da proposta vencedora. A dúvida, no caso, é saber se há verdadeira concorrência entre elas, ou se há conluio, podendo elas “mexer com o concurso”, fazendo “jogo entre elas”, com possível partilha de informação, podendo saber uma delas o que esteve na mesa das negociações com a outra, tendo a possibilidade de retirar uma vantagem da situação, melhorando, por exemplo o preço.

OS REQUISITOS DE ACESSO AO PROCEDIMENTO

No plano procedimental, em homenagem à salvaguarda da iniciativa económica privada, um dos corolários deste princípio em estudo é o dever de a entidade adjudicante não definir requisitos de acesso/exigências ao procedimento em termos tais que conduzam a uma limitação **desproporcionada, injustificada e desigualitária** (negrito nosso) quanto ao mercado habilitado a aceder a esse procedimento.

Veja-se, a este propósito o entendimento do Tribunal nos Ac. *Du Pont de Nemours* do TJUE, Proc. C-21/88, Ac. do TCAN, de 25.03.2010, Proc. 1257/09¹⁵⁵ e Ac. TCAN de 16-12-2011.

Nestes casos, o Tribunal entendeu haver uma restrição excessiva, desproporcionada e injustificada no mercado habilitado e suscetível a participar nesse procedimento.

Assim, não obstante a margem de discricionariedade que é atribuída à entidade adjudicante no que concerne, nomeadamente, à definição dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira que os potenciais candidatos devem preencher, tal liberdade encontra-se limitada pelos Princípios da Proporcionalidade e da Concorrência. Ou seja, na fixação de tais exigências terão de estar presentes os deveres de prossecução do normal funcionamento do mercado e da proteção subjetiva dos potenciais concorrentes, visando assegurar o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar.

Pelo que, a definição dos requisitos não poderá ser feita em abstrato, sem qualquer conexão ao contrato que visa celebrar, na sequência do procedimento.

Também, neste sentido, andou o Acórdão do TCAN¹⁵⁶, de 07.10.2011, Proc. 225/11.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Neste caso, um município quer contratar serviços de segurança privada e exigia como condições de acesso ao concurso um volume de negócios de 15.000.000 de euros quando em causa estava um contrato de 131.000 eur.

¹⁵⁶ No caso, exigia-se, de modo manifestamente desproporcionado e contrário ao Princípio da Proporcionalidade e da Concorrência, a apresentação de um certificado ISSO e de uma acreditação ACEPI que apenas um dos concorrentes possuía, facto que restringia, objetiva e injustificadamente, o desenvolvimento de uma real e efetiva concorrência e o direito à iniciativa económica privada. Ora, não se vislumbrando um quadro de livre concorrência, estariam, de igual modo, irremediavelmente lesados os Princípios da Transparência, Imparcialidade e Igualdade.

Com efeito, a entidade adjudicante está impedida de exigir, de modo mandatário e eliminatório, um documento que ateste a certificação, se aquele não for adequado, necessário e proporcional à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar.

Caso tal exigência fosse permitida estaríamos perante um total desrespeito do Princípio da Igualdade (que proíbe o tratamento preferencial e os favoritismos), do Princípio da Concorrência (que proíbe a discriminação e atos que resultem na restrição ou eliminação da concorrência) e do Princípio da Proporcionalidade (que adstringe a Administração a prosseguir o interesse público na justa medida, escolhendo as soluções menos lesivas ou perturbantes para a posição jurídica dos administrados).

Neste sentido, *vide* Ac. STA de 11-12-2007, Proc. n.º 0302/07 — Também neste aresto, estava em questão uma exigência estabelecida no Programa do Concurso, como requisito de admissão, que sendo manifestamente infundada, injustificada e criadora de uma situação arbitrária de desigualdade, violava, de modo flagrante, os Princípios da Igualdade e da Concorrência.

¹⁵⁷ Nele, ficou provado que apenas um dos concorrentes tinha o certificado ISO 27001 e acreditação no ACEPI, só ele estava em condições de concorrer, pelo que a exigência de apresentação destes

documentos como integrantes das propostas é ilegal, violando ostensivamente o Princípio da Concorrência, na medida em que o objetivo de escolha da melhor proposta para a prestação de um serviço que prossegue um fim público está irremediavelmente posto em causa.

Assim, este interesse, pela sua natureza pública, não está na livre disponibilidade das partes, daí que essa imposição/exigência seja também contrária ao interesse público.

Ora, nesta situação, admitir-se tal exigência, possibilitando a limitação do universo dos participantes àqueles que estivessem certificados e acreditados, daria aso a admitir-se uma discriminação injustificadamente restritiva da concorrência.

No entanto, esta não deve ser uma conclusão automática, na medida em que se exige que se averigue, em concreto da bondade dessa exigência, ponderar se essa exigência formal e particular traria vantagens para o contrato (lesivo do Princípio da Imparcialidade e Igualdade de Tratamento) e também analisar se o problema não advirá do mercado!

No caso, estas exigências não são aspetos de execução do contrato, é sim um aspeto relativo à empresa, não se tratando de uma certificação do produto ou serviço a fornecer, mas sim do operador económico. O caderno de encargos não determina que a prestação de serviços siga a norma ISO 27001 — os aspetos da execução do contrato, as “regras do jogo” estão no caderno de encargos. Como aqueles não são aspetos da execução do contrato não há violação do Princípio da Estabilidade Objetiva, que analisámos lá atrás! Deste modo, a exigência de certificado ISO, sendo relativa a uma certa qualidade do operador económico, não tinha de acompanhar a proposta porque viola o art.º 75.º do CCP que impõem a não utilização de fatores de avaliação das propostas que contendam com qualidades dos concorrentes.

Por fim, referir que, para o caso, era irrelevante que a entidade adjudicante tivesse conhecimento ou não do facto, pois a existência ou não de concorrência é uma realidade apreciável objetivamente.

O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO REGIME DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Partindo de uma premissa que eleva o Princípio da Concorrência *a trave mestra* do Direito da Contratação Pública, com especial incidência na Parte II do CCP, é seguro afirmarmos, na senda de RUI MEDEIROS¹⁵⁸, que aquele confere *unidade de sentido* às soluções do CCP, conformando e enformando o âmbito de aplicação do regime de formação dos contratos públicos.

Pese embora seja condição de aplicação das Diretivas Comunitárias, estarmos perante um contrato público com manifesto *interesse transfronteiriço* concorrencial, ou seja, um contrato que desperte e apele ao “apetite competitivo” dos diversos operadores económicos comunitários, cujo valor se situe acima dos limiares comunitários (cfr. Art.º 4.º da Diretiva Clássica), o Princípio da Concorrência, a par de outros Princípios Comunitários relevantes nesta matéria, aplicar-se-á, vinculando e orientando a atuação das entidades adjudicantes e dos agentes económicos, independentemente de aquelas se aplicarem *in casu*.

Ou seja, dito de outro modo, contratação excluída do âmbito de aplicação das Diretivas, designadamente, como consequência do seu valor contratual ficar aquém dos limiares comunitários, não implica a desvinculação daquela do âmbito do Direito Comunitário.

Neste sentido, podemos afirmar que, independentemente de as Diretivas se aplicarem aos contratos públicos em questão, é ponto assente que as entidades adjudicantes, no exercício da sua atividade administrativa de prossecução do interesse público, encontram-se vinculadas a agir de modo transparente, assegurando uma adequada publicidade da decisão de contratar, garantindo a abertura da formação do contrato à tão ansiada e potencial concorrência de outros operadores económicos de outros Estados Membros.

Por tudo o que foi dito, não espanta, pois, que o legislador nacional, na senda do preconizado pelo Direito Comunitário da Contratação Pública, enverede pela construção de um normativismo “amigo” da concorrência, assumindo a construção do âmbito de aplicação da Parte II do CCP, relativa à formação dos contratos públicos, uma dimensão manifestamente competitiva e concorrencial.

O Princípio Geral consagrado no CCP postula a *tendencial* aplicação daquele código a todo e qualquer contrato celebrado por entidades adjudicantes (n.º 2 do art.º 1.º do CCP), independentemente da sua designação e natureza. No entanto, urge conjugar esta disposição com o n.º 1 do art.º 5.º e do art.º 16.º para facilmente concluirmos que para que àqueles contratos se aplique a Parte II do CCP, o seu objeto terá que integrar prestações que, nomeadamente em razão da sua natureza ou das suas

¹⁵⁸ RUI MEDEIRO, Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência, p.3.

características, assim como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua específica formação, estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência do mercado.

Deste modo, a parte do CCP relativa à Contratação Pública, ou melhor ainda, relativa à formação dos contratos públicos (Parte II), vê excluídos do seu âmbito de aplicação objetivo, contratos cuja formação escape a um *scope of the competition*, ou seja, a uma lógica e sentido concorrencial. Ainda assim, a estes contratos deverão aplicar-se os Princípios Gerais de Direito Administrativo (n.º 6 do art.º 5.º do CCP conjugado com o art.º 3.º e ss do CPA) e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do CPA.¹⁵⁹

O Princípio da Concorrência, na linha dos demais Princípios, não adota, como vimos atrás e ao contrário das normas, uma lógica de tudo ou nada. Consequentemente, aquele não foi realizado na sua plenitude, implicando que alguns contratos encontrem algumas exclusões e restrições no que respeita ao âmbito de aplicação da Parte II do CCP.

Assim, como veremos mais adiante, relativamente aos *Contratos Interadministrativos* e aos contratos celebrados pelos ODP, o CCP, no seu art.º 6.º, restringe a aplicabilidade das disposições relativas à Contratação Pública somente aos contratos de EOP, de Concessão de Obras Públicas ou de Serviços Públicos, de Locação ou Aquisição de Bens Móveis ou de Aquisição de Serviços.

Pese embora todas as exceções e restrições ao âmbito de aplicação objetivo do CCP em matéria de formação dos contratos públicos, podemos afirmar, na senda de MARIA JOÃO ESTORNINHO¹⁶⁰, que o Código repudia a *opção minimalista* que até então vigorava no regime jurídico nacional.

Em conformidade com o disposto no n.º 2 do art.º 16.º do CCP, consideram-se abrangidos pelo regime de formação dos contratos públicos, para além dos contratos supra citados, tipicamente comunitários, o Contrato de Sociedade.

Acresce que, em conformidade com a atual tendência de aproximação funcional do Ato Administrativo ao Contrato Administrativo, o n.º 3 do art.º 1.º do CCP manda aplicar a Parte II do CCP aos *Procedimentos destinados à atribuição unilateral, por qualquer entidade adjudicante*, num campo em que possa haver vários potenciais concorrentes, *de quaisquer vantagens ou benefícios, através de Ato Administrativo ou equiparado*.

No que concerne ao âmbito subjetivo de aplicação do CCP, para a qualificação de uma Empresa Pública, como ODP, torna-se fulcral determinar se esta está sujeita a uma concorrência de mercado, atuando segundo uma lógica concorrencial de mercado, em competição com outros operadores económicos, facto que, em princípio, a dissuade de selecionar os seus co — contratantes com base em critérios discriminatórios

¹⁵⁹ Ou ainda, se estiver em causa um contrato com objeto passível de ato administrativo ou outros contratos sobre o exercício de poderes públicos, aplicar-se-ão as normas do CPA.

e que atentem contra o Princípio da Igualdade de Tratamento e da Concorrência.

Nos termos do disposto no n.º 2 do art.º 2.º do CCP, são também entidades adjudicantes, para efeitos de aplicação da parte II do CCP, quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada, tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem *caráter industrial ou comercial*¹⁶¹ e sejam maioritariamente financiadas pelas entidades adjudicantes consagradas no n.º1 daquele artigo, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por aquelas entidades.

Ora, em conformidade com o disposto no art.º 2.º/2 a) i) do CCP, para se aferir da ausência de *caráter industrial e comercial* importa averiguar se a atividade económica em causa se submete ou não à lógica do mercado e da livre concorrência. Deste modo, torna-se claro que o legislador não incorpora na sua *mens legis*, a tese segundo a qual toda e qualquer empresa pública exerce, por si só, uma atividade com caráter industrial ou comercial, sendo irrelevante, para efeitos de qualificação de um ODP, a natureza empresarial da entidade.

Deste modo, podemos afirmar que, independentemente da sujeição legal às regras da concorrência, os vínculos jurídico-públicos em matéria de contratação pública devem ser impostos quando a concorrência no mercado não seja, *per si*, um fator decisivo da preferência, nas compras públicas, pelas propostas economicamente mais vantajosas ou que apresentem o mais baixo preço.

Na esteira do que advoga JOÃO AMARAL E ALMEIDA¹⁶², julgamos ser decisivo para a qualificação de um ODP, o facto de este estar efetivamente sujeito a uma concorrência por parte de outros operadores económicos que as dissuade de escolher os seus co — contratantes com base em critérios discriminatórios. Neste sentido, urge aferir “se essa atuação se processa num ambiente e em condições de uma efetiva, integral e livre concorrência ou se, sob a capa aparente de uma concorrência existem circunstâncias que a desvirtuam e transformam a entidade num agente económico com privilégios de atuação que não estão ao alcance de qualquer sociedade comercial privada”.

Para que se conclua pelo caráter industrial ou comercial de um ODP, não se exige que a entidade em causa tenha um escopo lucrativo, antes bastando que esta atue segundo os critérios de rendimento, eficácia e rentabilidade. Diga-se, a este propósito,

¹⁶¹ Cfr. *Ac. Adolf Truley*, do TJUE, Proc. n.º c-373/00, em que se conclui que a existência de uma concorrência desenvolvida não permite, por si só, concluir pela ausência de caráter industrial ou comercial do organismo.

Na esteira do *Ac. BFI Holding*, do TJUE, Proc. C-360/96, conclui-se que a falta de concorrência não é uma condição necessária para efeito de definir um ODP. Com efeito, exigir que não existam empresas privadas que possam satisfazer as necessidades para as quais foi criado o organismo financiado ou controlado pelo Estado, Autarquias ou outros ODP, poderia esvaziar da sua substância o conceito de ODP

Contudo, a existência de concorrência não é totalmente irrelevante para aferirmos do caráter industrial ou comercial de uma necessidade de interesse geral. Neste sentido, o facto de a entidade operar em concorrência desenvolvida no mercado constitui, desde logo, um indício, não decisivo, para não estarmos perante uma necessidade de interesse geral sem caráter industrial ou comercial.

¹⁶² J. ALMEIDA (2006: 639-641)

que o TJUE tem vindo a atividade comercial ou industrial se caracteriza pelo facto de o empresário suportar o risco económico-financeiro da sua atividade.

No entanto a jurisprudência comunitária tem ido mais longe, sustentando que, ainda que numa situação concorrencial, o simples facto de estar prevista, designadamente, a possibilidade de existirem compensações públicas¹⁶³ para suportar os prejuízos decorrentes da atividade de uma empresa que visa satisfazer necessidades de interesse geral, preclui a sua qualificação como atividade de cariz industrial ou comercial, aplicando-se, deste modo o CCP e o regime concorrencial a esse ODP.

¹⁶³ Veja-se, a propósito das compensações públicas, o Ac. *ARGE*, do TJUE, Proc. C-94/99. O Tribunal, na sua decisão salienta que, “se, como no caso em apreço, determinados concorrentes são empresas ou organismos públicos que beneficiam, enquanto tais, de vantagens especiais em termos de custos, permitindo apresentar propostas a preços sensivelmente inferiores ao dos seus concorrentes, a entidade adjudicante não tem possibilidades de averiguar, com fiabilidade, se o preço oferecido pelos concorrentes é razoável ou conforme à situação do mercado, uma vez que nem sempre reflete os custos calculados numa base económica real. Tais concorrentes beneficiariam de substancial vantagem concorrencial relativamente aos outros concorrentes na medida em que o Estado-Membro em causa assume, pelo menos, parte dos custos, tanto fixos como variáveis, relevantes para o cálculo da respetiva proposta”.

No entanto, conclui-se que o direito comunitário, mais especificamente, o Princípio da Igualdade de Tratamento, permite que uma entidade adjudicante aceite a participação, ao lado de concorrentes não subvencionados, de organismos em benefício dos quais um Estado-Membro assume uma parte dos custos relevantes para o cálculo da respetiva proposta.

Cfr. também neste sentido o Ac. *Altmark*, do TJUE, Proc. C-280/00

Vide também o Ac. *Conisima* do TJUE, Proc. C-305/08 — o facto de se admitir a participação de entidades que não prossigam fins lucrativos a título principal, não tenham a estrutura organizacional de uma empresa nem uma presença regular no mercado, como sejam as universidades, os institutos de investigação e os seus agrupamentos nos contratos públicos não viola o princípio da livre concorrência sob um duplo aspecto.

Essa mesma participação não colocará, deste modo, o adjudicatário numa posição privilegiada que lhe garantiria uma segurança económica proporcionada pelos financiamentos públicos constantes e previsíveis de que os outros operadores económicos não beneficiam.

OS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS¹⁶⁴

A celebração entre Entidades Adjudicantes, de contratos públicos com manifesto interesse e relevância num mercado concorrencial, designadamente os contratos elencados no n.º 2 do art.º 16.º, não deverá constituir, *per se*, para excluir estes contratos da Parte II do CCP, dispensando-os da sujeição às normas da Contratação Pública.

Neste sentido, o n.º 1 do art.º 6.º do CCP, restringe o âmbito de aplicação da Parte II do Código, quando estejamos perante um Contrato Administrativo celebrado entre Entidades Adjudicantes que integram a denominada *Administração Pública Tradicional*, melhor consagradas no n.º 1 do art.º 2.º do CCP, aos contratos de EOP, Concessão de Obras Públicas e de Serviços Públicos, de Locação ou Aquisição de Bens Móveis e de Aquisição de Serviços.

Já no que respeita à celebração de um contrato entre uma entidade adjudicante do setor público tradicional e um ODP, pese embora aquele não seja qualificável como integrante do elenco supra referido, o facto de o seu objeto prever prestações que sejam suscetíveis de ser submetidas à concorrência, implica, inevitavelmente e sem restrições, a sujeição daquele contrato à Parte II do CCP.

Assim, nos termos do n.º 2 do art.º 6.º do CCP, quando a entidade adjudicante seja um ODP, os procedimentos concorrenciais apenas são aplicáveis à fase de formação dos contratos cujo objeto abranja prestações típicas dos contratos de EOP, Concessão de Obras Públicas, Concessão de Serviços Públicos, Locação ou Aquisição de Bens Móveis e Aquisição de Serviços.

Deste modo, a contratação está excluída do âmbito de aplicação da Parte II do CCP, no caso de um ODP celebrar um contrato que não abranja as prestações típicas dos contratos supra referidos.

Ora, sem prejuízo da observância do dever de transparência e publicidade adequada a que os ODP ficam adstritos nos casos de contratação relevante à luz do Direito da União Europeia, a entidade adjudicante não fica sujeita, aquando da escolha do procedimento, à observância da Parte II do CCP.¹⁶⁵

Em suma, podemos, pois, afirmar que os ODP (art.º 2.º/2 CCP) estão sujeitos a um regime menos exigente e mais flexível do que aquele que é aplicável às entidades adjudicantes integrantes da Administração Pública Tradicional (art.º 2.º/1 CCP).

¹⁶⁴ Estamos perante uma hipótese de contratação dentro do universo público. No caso de *Parcerias Público — Públicas* (art.º 12.º/4 da Diretiva e art.º 5.º-A/5 do novo CCP) estamos perante contratos que executam uma cooperação entre entidades adjudicantes participantes, a fim de assegurar objetivos públicos comuns, cuja cooperação é regida unicamente por fins de interesse público e em que as autoridades adjudicantes participantes exercem no mercado livre menos de 20% das atividades abrangidas pela cooperação, tais contratos excluídos do âmbito de aplicação do Novo CCP.

¹⁶⁵ Designadamente, não fica o ODP sujeito, no que respeita ao procedimento por ajuste direto, ao limite do n.º 2 do art.º 112.º e ao dever de publicitar a ficha, constante do art.º 127.º do CCP.

A EXCEÇÃO¹⁶⁶ DA CONTRATAÇÃO *IN HOUSE*¹⁶⁷

Em conformidade com o plasmado no n.º 4 do art.º 5.º do CCP, admite-se a possibilidade de as entidades adjudicantes contratarem sem estarem adstritas às normas da Parte II do CCP.

Para que possamos estar perante uma relação *In House*, exige-se, conjugando a disposição supra citada com o art.º 12.º da Diretiva 2014/24/UE a verificação dos seguintes requisitos cumulativos: 1) *Controlo análogo*¹⁶⁸ – que se materializa quando a

¹⁶⁶ No Novo CCP, para além da situação dos Contratos *Interadministrativos* e da Relação *In House*, o art.º 5.º/2 revisto abrangerá uma outra hipótese de contratação dentro do universo público e que ficará fora da concorrência: a Transferência ou Delegação de Poderes Públicos.

Assim, o regime da Contratação Pública não será aplicável a acordos ou outros instrumentos jurídicos que organizem a transferência ou delegação de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre entidades adjudicantes, e que não prevejam uma remuneração.

Assiste-se, deste modo a uma alteração do paradigma anterior, em homenagem ao considerando 31 da Diretiva 2014/24, na medida em que aí já se admitia a não aplicação das regras da Contratação Pública em situações em que a própria aplicação da Parte II do CCP interferisse com a liberdade das entidades adjudicantes em desempenhar as suas missões de serviço público.

¹⁶⁷ Trata-se da mais importante exceção à obrigação de submissão de contratos de elevado valor à concorrência.

Estamos perante uma criação totalmente jurisprudencial, tendo o legislador português ficado sempre dependente da evolução dos requisitos fixados pelo Tribunal de Justiça.

No novo CCP, tal exceção à concorrência ficará plasmada no art.º 5.º-A do CCP. Este artigo manterá o requisito do *controlo análogo*, sendo alterado, substancialmente o requisito do *desenvolvimento do essencial da atividade da entidade-filha em benefício da entidade-mãe*, designadamente no que concerne à fixação de um índice quantitativo (80%) do volume daquela atividade desenvolvida.

Quanto ao terceiro requisito, o novo artigo configura uma importante restrição, formulando uma exigência adicional de ausência de capital privado, sob pena de obrigação de respeitar as regras e princípio da Concorrência. Esta formulação já tinha sido sugerida pelo Tribunal mas o seu alcance ainda não fora fixado de modo claro (cfr. Ac. *SUCH* do TJUE, de 19.06.2014, Proc. C-574/12). Neste acórdão, chegou-se a uma posição extrema de se admitir que, mesmo os associados privados do SUCH, pese embora o seu estatuto de instituições de solidariedade social que exercem atividades sem fins lucrativos, poderão exercer atividades económicas em concorrência, com outros operadores económicos. Deste modo, o ajuste direto ao SUCH pode proporcionar aos seus associados privados uma vantagem concorrencial.

¹⁶⁸ Diga-se a este propósito que o TJUE, no Acórdão *Stadt Halle*, Proc. C — 26/03, veio acrescentar a mera existência de participação de capital privado numa sociedade de capitais públicos, exclui a possibilidade de haver *controlo análogo* da entidade — mãe sobre a entidade — filha, implicando a inexistência de uma relação *In House* e, conseqüentemente, excepcionando a a própria exceção ao âmbito de aplicação da Parte II do CCP, mandando aplicar as normas da contratação pública aos contratos celebrados entre essas entidades.

Considerou o duto Tribunal que “ a atribuição, sem concurso, de um contrato público a uma empresa de economia mista colide com o objetivo da concorrência livre e não falseada e com o Princípio da Igualdade de Tratamento dos interessados,” na medida em que tal procedimento confere à empresa privada com capital nessa empresa, uma vantagem competitiva em relação aos seus concorrentes.

Acresce que, a abundante jurisprudência do TJUE, nesta matéria, tem concretizado o conceito de *controlo análogo*, afirmando que tal sucede quando a Entidade Adjudicante exerce influência determinante quer sobre os objetivos estratégicos quer sobre as decisões importantes do adjudicatário (cfr. Ac. *Parking Brixen* — Proc. n.º C — 458/03).

entidade — mãe exerce sobre a entidade — filha, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; 2) *Destino essencial da atividade*¹⁶⁹ — que se manifesta no facto de o essencial da atividade da entidade — filha ser realizado para a entidade — mãe; 3) Mais de 80% das atividades da entidade — filha controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela entidade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas pela referida entidade adjudicante.

Deste modo, preenchidos estes requisitos, os contratos celebrados entre estas entidades, estarão dispensados da observância das Normas relativas à Parte II do CCP, na medida em que o adjudicatário em questão se apresenta como uma mera *longa manus* da entidade — mãe, encontrando-se coartada na sua autonomia e liberdade decisória.

O Ac. *Carbotermado* TJUE (Proc. n.º C-340/04), foi mais longe no que concerne à densificação do conceito de *controlo análogo*, concluindo que o facto de a entidade adjudicante deter, isolada ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária, constitui um forte indício de aquela exercer sobre esta, um *controlo análogo* ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

¹⁶⁹ Estabelece o art.º 5.º/2 b) do CCP que, para que exista uma relação *In House*, exige-se que o co-contratante desenvolva o essencial da sua atividade em benefício da entidade adjudicante.

Deste modo, urge averiguar se o co-contratante atua no mercado em iguais condições concorrenciais que os restantes operadores económicos ou se, pelo contrário, está manifestamente “amarrada” à entidade — mãe. Caso em que os contratos celebrados entre tais entidades configurarão meras operações internas, não sujeitas a concorrência de mercado.

A ASSESSORIA¹⁷⁰ NA PREPARAÇÃO E ELABORAÇÃO DAS PEÇAS¹⁷¹

No já referido Ac. *Fabricom*¹⁷², discute-se a participação num procedimento de

¹⁷⁰ Cfr. Também o art.º 40.º da Diretiva 2014/24 que consagra a Consulta Preliminar do Mercado, reconhecendo a conveniência da possibilidade da realização de consultas informais e pré-procedimentais para conhecimento das condições de mercado.

No entanto, tais consultas (v.g. pareceres) terão sempre como limite o repeito e a promoção da concorrência, não podendo ser utilizadas como instrumento de distorção daquela ou resultar na violação dos Princípios da Não Discriminação e da Transparência.

Neste sentido, deverá a entidade adjudicante tomar as devidas e adequadas medidas para evitar distorções da concorrência em virtude da participação do candidato ou concorrente nessa fase prévia ao procedimento em si, tornando essa consulta clara e transparente.

Entre essas medidas, temos a comunicação aos restantes candidatos e proponentes das informações pertinentes trocadas no âmbito ou em resultado de tal participação na preparação do procedimento, assim como a fixação de prazos adequados para a receção de propostas (art.º 41.º da Diretiva).

Na solução da Diretiva, a possibilidade de uma empresa previamente consultada, ser excluída é reservada para situações extremas, de *ultima ratio*.

Assim, o candidato ou concorrente apenas deverá ser excluído no caso de se esgotarem todas as restantes formas de garantir o cumprimento do princípio da Igualdade de Tratamento.

Pelo que, antes de qualquer exclusão (automática) decorrente desses motivos, será dada aos candidatos ou concorrentes a oportunidade de provarem que a sua participação na preparação do procedimento não foi suscetível de distorcer a concorrência.

No que concerne à revisão do CCP, o artigo que consagrará tal situação será o 35.º-A. Esta disposição prevê a abertura a uma Consulta Preliminar do Mercado, mas para além de prever na sua parte final do n.º 1, uma causa de exclusão por impedimento, impõe limites à conduta da entidade adjudicante, visando o respeito pelo Princípio da Concorrência.

¹⁷¹ Vide Art.º 55.º j) do CCP e 57.º/4 f) da Diretiva “Clássica”

¹⁷² Cfr. Ac. *Deloitte Business Advisory* do TJUE, Proc. T-195/05, em que o Tribunal considerou excessivamente radical, excluir, sem mais, a proposta potencial e alegadamente privilegiada, impendendo sobre a entidade adjudicante o ónus de determinar, em concreto, se a Igualdade Concorrencial foi violada.

Em caso afirmativo, deve a entidade adjudicante tomar medidas no sentido de nivelar as vantagens competitivas eventualmente geradas pelo prévio e privilegiado acesso a informação do procedimento, tornando as mesmas informações acessíveis e transparentes a todos os interessados.

Em 2008, no Ac. *Europaiki Dynamiki* do TJUE (Proc. T-345/03), o tribunal considerou que “a vantagem de que beneficia um contratante atual ou o proponente a ele associado, no âmbito de uma sub-contratação, é, na realidade, inevitável, já que é inerente a todas as situações em que uma entidade adjudicante decide abrir um processo de concurso para adjudicação de um contrato que foi executado, até esse momento, por um único contratante. Esta circunstância, constitui uma vantagem inerente de facto”.

Vide Ac. *Michaniki* do TJUE, Proc. C-213/07, focando-se o Tribunal na análise da salvaguarda do Princípio da Proporcionalidade, deixando para segundo plano o Princípio da Igualdade Concorrencial. No caso, considerando a margem de discricionariedade concedida aos EM’s, o Tribunal legitimou a existência de uma disposição nacional que proibia empresas de comunicação social de participar em procedimentos de adjudicação devido à potencial interferência no seu decurso e na adjudicação.

Cfr. Também Ac. *Serrantoni*, do TJUE, Proc. C-376/08, em que à semelhança do Ac. *Assitur*, se discute uma situação redutora da concorrência e da plena participação. Mais uma vez, o Tribunal colocou o acento tónico na Proporcionalidade, referindo que a exclusão automática implicaria uma presunção inilidível de interferência mútua, constituindo um comportamento discriminatório em detrimento do consócio excluído, violando flagrantemente o Princípio da Igualdade de Tratamento.

Por último, no Ac. *Forposta*, do TJUE, Proc. C-465/11, o Tribunal deparou-se perante um caso em que estava em causa a honorabilidade profissional do concorrente, considerando, em nome da def-

empresas que contribuíram, assessorando ou apoiando, para a preparação ou elaboração dos documentos daquele, ou seja, que prestaram auxílio/assessoria na elaboração das peças do procedimento.¹⁷³

Tal situação resulta, não raras vezes da ausência de aptidão técnica que as entidades adjudicantes denotam no que concerne à elaboração de especificações técnicas do caderno de encargos, exigindo um “outsourcing” na preparação e elaboração das peças do procedimento, facto que pode originar dúvidas quanto ao cumprimento do Princípio da Igualdade de Tratamento e da Avaliação imparcial das propostas.

A alínea j) do art.º 55.º do CCP impede expressamente essa participação, sendo os candidatos, concorrentes ou agrupamentos, obrigados a apresentar uma declaração de honra, afirmando, entre outras coisas, que não providenciaram tal suporte ou assessoria. No caso de as propostas não derem por cumprido esse requisito, serão excluídas, em conformidade com a alínea c) do n.º 2 do art.º 146.º do CCP.

Deste modo, afigura-se clara e expressa a preocupação do legislador no que concerne a comportamentos anti — concorrenciais, impedindo categoricamente todos os potenciais concorrentes de participar em procedimentos nestas condições. No fundo, fica bem patente o objetivo legislativo de lutar contra práticas concorrenciais num “palco” tão apto e propício a tais manobras, fruto da relação, não raras vezes, tendenciosa entre as Entidades Adjudicantes e os Operadores Económicos.¹⁷⁴

No entanto, em homenagem ao Princípio da Proporcionalidade, poderemos afirmar que tal disposição legislativa (art.º 55.º j) do CCP), apenas será proporcional se tal impedimento¹⁷⁵ constituir a única e mais adequada forma de prevenir ou salvaguardar este tipo de distorções à concorrência, impedindo categoricamente os “operadores contaminados” anteriormente de participarem no procedimento. Defender-se-ia,

essa e promoção de uma sã e efetiva concorrência e do interesse público, que não se justifica que as legislações dos EM’s prevejam normas que imponham uma exclusão automática, sem mais, do procedimento.

¹⁷³ Cfr. também Ac. n.º 22/2014, 1.ªS/SS do TdC

¹⁷⁴ Com efeito, os Mercados Públicos, fruto da sua reduzida dimensão e forte concentração, são mercados onde prolifera uma forte *standardização* de produtos de difícil substituição. Existe, pois, uma consciência de risco de fraude por parte do legislador comunitário, levando à criação de medidas “amigas” da concorrência.

¹⁷⁵ Estes impedimentos plasmados no art.º 55.º do CCP visam, essencialmente, combater a corrupção, dissuadir de futuras infrações, manter a probidade e integridade da função pública de contratação.

No que concerne especificamente à alínea j) do art.º 55.º, ela orienta-se teologicamente para valores como a segurança jurídica, concorrência, igualdade, imparcialidade e promoção da confiança pública, presumindo, o legislador, cegamente, que todas as situações subsumíveis à disposição, violariam a Igualdade, sancionando a própria suspeitada situação privilegiada.

Salvaguarda-se, deste modo, a *igualdade no procedimento*, em detrimento da *igualdade de participar no procedimento*, visando proteger a imagem, a aparência, a reputação da Administração.

Podemos, pois, afirmar que o legislador português, em nome da salvaguarda da aparência da igualdade e imparcialidade, sacrificou o Princípio em estudo na presente dissertação, discriminando e prejudicando, irremediavelmente, os concorrentes que participaram, colaboraram, assessoraram a Administração, mas que não viram resultar dessa atuação, qualquer favorecimento, favoritismo ou vantagem competitiva anti-concorrencial ou restritiva da concorrência, mas que ainda assim se viram excluídos do procedimento.

deste modo, a exclusão como “última ratio”, imperando a proporcionalidade como contrapeso à exigências da Igualdade e da Concorrência.

Uma interpretação que exacerbe o valor Igualdade, tende a excluir taxativamente a participação, alegando que tal facto contribui para que a pessoa que efetuou determinados trabalhos preparatórios não está, em relação à participação no processo de adjudicação do contrato, necessariamente, na mesma situação que a pessoa que não participou em tais trabalhos. De facto, essa pessoa poderá partir de uma situação de benefício, de vantagem ilegítima para elaborar a sua proposta relativamente a todo e qualquer putativo concorrente, devido a que, mesmo antes da abertura do procedimento, teve um conhecimento claro e privilegiado de todo o conteúdo do procedimento concursal, acedendo em primeira mão às peças do procedimento que iria ser lançado no mercado concorrencial, situação privilegiada que impede que todos os concorrentes estejam em pé de igualdade e disponham das mesmas possibilidades, aquando da formulação das suas propostas.

Com efeito, segundo esta linha interpretativa, basta estarmos perante uma situação de mero perigo de atuação parcial da administração, para se legitimar a exclusão automática do concorrente que participou previamente nos trabalhos preparatórios do procedimento.

Como afirmam MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA¹⁷⁶, “*se do processo concursal se puder concluir que um ou mais concorrentes (...) têm ou podem ter conhecimento, antes do ato público de abertura, de informação acerca de propostas a apresentar por outros concorrentes, que não é facultada aos demais, teremos forçosamente que concluir que tal facto favorece aqueles e desfavorece os que a desconhecem*”.

Isto porque, ainda segundo os mesmos autores, o apelo ou chamamento à concorrência implica a existência de oposição concursal entre os concorrentes, criando-lhes as condições para que compitam, efetivamente, entre si, que eles ou as suas propostas sejam medido(a)s sempre a apenas pelo seu mérito relativo em confronto com um padrão estabelecido, que permita a comparabilidade entre a “meritocracia” das propostas de cada um.

Ou seja, é à concorrência que os Procedimentos se dirigem, sendo no aproveitamento das respetivas potencialidades que se baseia o seu lançamento.

Pelo que, com a existência de um procedimento dirigido à concorrência, assegura-se, na medida do possível, que, na satisfação dos interesses administrativos que lhes estão cometidos, os entes públicos o façam da forma publicamente mais vantajosa possível. Quanto maior for o n.º de pessoas chamadas à concorrência pela Administração, maior será, provavelmente, o n.º de eventuais futuros contratantes ou o n.º de pessoas a querer negociar com aquela, no *mercado administrativo*, maior será o leque de ofertas contratuais e de seleção da Administração, implicando uma maior procura da otimização das propostas dos e pelos concorrentes.

¹⁷⁶ MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, 1998, Almedina, pp.100ss

Assim, métodos abertos e concorrenciais de adjudicação contribuem, positivamente, para que as entidades públicas possam atrair uma gama mais alargada de potenciais concorrentes e, desse modo, obter propostas economicamente mais vantajosas.

Acresce que, à luz dos problemas orçamentais com que se defrontam muitos EM's, urge assegurar a utilização mais eficaz dos dinheiros públicos, adotando práticas transparentes e que constituam uma verdadeira "muralha" contra a corrupção e o favoritismo¹⁷⁷.

Para além do mais, a mesma pessoa estaria, segundo esta corrente, em condições de integrar uma situação suscetível de conduzir a um conflito de interesses¹⁷⁸, se ela própria concorrer à adjudicação do contrato em causa, podendo, mesmo não tendo essa intenção, influenciar as condições de adjudicação num sentido que lhe seja favorável, gerando uma situação também ela suscetível de falsear a concorrência entre os concorrentes.

Importa sublinhar que no âmbito da garantia da Imparcialidade, o que está em causa é prevenir situações de risco de atuações parciais da administração no procedimento, visando que este seja transparente e salvguarde a Igualdade de Tratamento de todos os concorrentes (cfr. art.º 9.º e 69.º do CPA).

Já uma interpretação que salvguarde o valor da concorrência (máxima concorrência possível), tenderá a permitir a participação, exceto se se provar a existência de uma situação de vantagem que falseie as condições de igualdade entre concorrentes.

Neste sentido, alega-se que a proibição, em qualquer circunstância, que a pessoa que efetuou certos trabalhos preparatórios participe em procedimentos adjudicatórios é manifestamente desproporcionada.

Nestes casos, a Igualdade de Tratamento entre os operadores económicos encontra-se salvguardada, desde que exista um processo em que se aprecie, casuística e concretamente, se o facto de efetuar determinados trabalhos preparatórios conferiu à pessoa que prestou assessoria na elaboração das peças, uma vantagem competitiva em relação aos restantes concorrentes, configurando-se como uma medida menos restritiva e mais adequada e necessária aos fins que as normas da contratação pública visam assegurar, designadamente a igualdade concorrencial.

¹⁷⁷ Neste sentido, e tendo em consideração a aplicação de dinheiros públicos e o peso efetivo dos Contratos Públicos no PIB Nacional e Europeu (cerca de 20% do PIB europeu), tendo em conta as preocupações comunitárias no que concerne a práticas anti — concorrenciais, existência de carteis, abusos de posição dominantes, é com naturalidade que se assiste, cada vez mais, a uma maior aproximação entre o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública (neste sentido, vide Ac. FENIN e SELEX, onde se determina que o Estado procura assegurar, através da contratação pública, a defesa da concorrência efetiva, evitando práticas abusivas realizadas quer por concorrentes, quer pelo Estado).

Pese embora o referido, não devemos confundir o Direito da Concorrência que se alicerça na defesa da concorrência postulada no Direito Europeu, com o Princípio da Concorrência na Contratação Pública, mais abrangente, funcionando a defesa da concorrência, um dos objetivos comunitários, como um dos seus corolários ou manifestações.

¹⁷⁸ Cfr. art.º 24.º da Diretiva "clássica, em que se estabelece que que as autoridades adjudicantes tomam as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento (sublinhado nosso) de todos os operadores económicos."

Somos da opinião, salvo o devido respeito, que esta segunda via se afigura como a mais equilibrada, ponderando todos os interesses em questão, na medida em que exclui situações em que as pessoas que participaram nos trabalhos preparatórios, fiquem automaticamente excluídas do procedimento, sem que lhes seja dada a oportunidade de demonstrarem, casuisticamente, que, nas circunstâncias do caso concreto, a sua participação e a experiência por ela adquirida, não constitui qualquer risco para falsear a concorrência entre os concorrentes.

Tal interpretação vai na linha da conclusão retirada do Ac. *La Cascina* do TJUE (Proc. n.º C-226/04), em que o Tribunal esclarece de modo inequívoco, que o legislador comunitário somente impede os legisladores do EM's de criar novas causas de exclusão no que concerne à honestidade profissional, à solvabilidade ou à fiabilidade. Nos restantes caso, como a situação em estudo, concedeu considerável margem de manobra aos EM's que podem furtar-se à aplicação dessas causas de exclusão, optando pela mais ampla participação nos processos de adjudicação.

Em suma, ao contrário do entendimento da maioria da jurisprudência portuguesa ao tempo (v.g., Ac. STA, 09.04.2002, Proc. 48035 e Ac. TCAN, 16.11.2006, Proc. 545/05.6) que entendia que, nestes casos, a solução mais conforme aos princípios da igualdade, transparência e imparcialidade, seria a da exclusão automática e imediata), o TJUE entendeu que, nestes casos apenas há motivo para impedimento se conferir ao operador económico uma "vantagem competitiva" que falseie as condições normais da concorrência (entendimento em conformidade com o plasmado no art.º 55.º j) do CCP).

Ou seja, entendeu-se pugnar por uma não exclusão imediata e automática da proposta da pessoa do assessor que auxiliou a entidade adjudicante na elaboração das peças, não se aplicando, sem mais, no caso português o art.º 55.º/j) do CCP e no caso do Direito Comunitário, o art.º 57.º/4 f) da Diretiva "clássica".

Deve, pois, ser dada a oportunidade a essa pessoa, de provar que não tinha sido privilegiado, de demonstrar que não retirou "vantagens competitivas/ilegítimas", mas apenas uma colaboração avulsa, de provar que, no caso concreto, a experiência acumulada não conduziria a falsear a concorrência.

Parte-se do princípio que essa pessoa que colaborou com o contraente público na elaboração das peças, conhece melhor os "dados", a vontade da entidade adjudicante, estando em condições, de à partida, preparar e apresentar uma proposta melhor.

De igual modo, além do critério do conhecimento, também o critério do tempo é determinante aqui, na medida em que esse assessor "ganhou tempo", *a priori*, no sentido de apresentar uma melhor proposta que satisfaça as exigências da entidade adjudicante.

Deste modo, quando o critério de adjudicação for o preço, devemos optar por um entendimento mais favorável ao Princípio da Concorrência, da Igualdade de Tratamento (não discriminação) e da Transparência (quando o critério de adjudicação não é o preço e esta situação é suscetível de criar uma relação de confiança e proximidade entre o colaborador e a entidade adjudicante, que pode levar a uma inclinação para adjudicar àquele operador económico a quem a Administração confiou a as tarefas de assessoria), através da inversão do ónus da prova, excluindo-se uma proibição absoluta.

ACORDOS QUADRO

Em conformidade com o disposto no art.º 251.º do CCP, “Acordo Quadro é o contrato celebrado entre uma ou várias entidades adjudicantes e uma ou mais entidades, com vista a disciplinar relações contratuais futuras a estabelecer ao longo de um determinado período de tempo, mediante a fixação antecipada dos respetivos termos”.

Por outro lado, reza o n.º 2 do art.º 252.º do CCP, em conformidade com o plasmado no art.º 62.º da Diretiva Clássica, que as entidades adjudicantes não podem recorrer abusivamente à celebração de acordos quadro, de forma abusiva ou de modo a impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Pese embora a centralização das compras públicas traga algumas vantagens, como sejam a obtenção de preços mais baixos e a potenciação de economias de escala e standardização dos procedimentos, elas poderão representar uma ameaça à concorrência, implicando uma menor abertura à participação das PME's, aumentando exponencialmente os riscos de afetação da concorrência que resultam da aplicação de procedimentos de contratação pública, urgindo, deste modo, prevenir situações de excessiva concentração.

Tal facto deverá levar a as entidades adjudicantes a atuar no sentido de uma promoção de uma concorrência sã e efetiva, impedindo Acordos Quadro com prazos de vigência manifestamente excessivos, incentivando a uma maior abertura possível à concorrência.

CONCLUSÃO

O Princípio da Concorrência, é de há muito, um dos princípios axilares da contratação pública.

A sua relevância, neste contexto, é manifestamente substancial, na medida em que conforma e enforma os restantes princípios, conferindo-lhes peso e sentido, “contaminando-os”. Tal sucede, designadamente, com o Princípio fundamental da Igualdade de Tratamento, emergindo o Princípio da Concorrência como imprescindível à proteção daquele, mas também no plano procedimental, onde este princípio surge associado e estreitamente conectado com o Princípio da Proporcionalidade.

Acresce que, a sua importância não se restringe apenas ao Direito Interno, adquirindo o seu real sentido e peso efetivo, no âmbito do direito comunitário, seja pelo eco que as diretivas lhe dão, seja pela sua convocação na estável e previsível jurisprudência do TJUE.

Tendo como objeto a promoção da sã concorrência e o respeito pelo mercado concorrencial este *umbrella principle* surge como salvaguarda do Mercado Único Europeu e como instrumento tutelar das liberdades fundamentais a ele adjacentes, implicando que se garanta aos interessados em contratar o mais amplo acesso aos procedimentos, através da transparência e da publicidade adequada, devendo ser usados, na formação dos contratos, procedimentos abertos que cativem o mais amplo acesso ao mercado dos contratos públicos, sem definição do universo concorrencial pela entidade adjudicante, garantindo, conseqüentemente os objetivos comunitários em matéria de contratação pública, como é, no caso a tutela da concorrência leal e efetiva.

Parece, de igual modo, ter ficado claro que este princípio, com projeções nas suas diversas manifestações ou subprincípios, incide, sobretudo, no âmbito da contratação pública, na relação entre a entidade adjudicante e concorrentes ou candidatos, mas também, horizontalmente, na relação entre candidatos ou entre concorrentes.

Acresce ao exposto que os seus corolários não se esgotam apenas nas regras da fase procedimental, tutelando também a fase pós adjudicatória e em sede de execução contratual.

No entanto, a concorrência não é um fim em si mesmo, afigurando-se necessária uma constante, concreta e casuística ponderação do Princípio da concorrência com outros princípios e valores comunitários, para alcançar soluções mais justas e adequadas.

Ou melhor ainda, fazer funcionar a concorrência no seio de um procedimento de Contratação Pública, não significa, necessariamente ausência de limites no modo como o Princípio da Concorrência se mobiliza para um caso concreto. Ou seja, o Princípio da Concorrência não se configura como um valor absoluto, incólume a quaisquer

limitações, encontrando restrições, designadamente, no que concerne à satisfação dos interesses da Entidade Adjudicante. Tendo em conta que os Procedimentos de Contratação Pública são de Iniciativa Pública, consubstanciando uma *Procura Pública* da Entidade Adjudicante, esta visa satisfazer uma necessidade que identificou previamente. Assim, não raras vezes, o interesse de se garantir uma efetiva concorrência poderá “chocar” com o interesse da Entidade Adjudicante em garantir a máxima celeridade procedimental ou a capacidade técnica e financeira de execução contratual, recorrendo, designadamente, ao Ajuste Direto e ao Concurso Limitado.

Neste contexto, fruto da instrumentalização da Contratação Pública na procura do desenvolvimento de objetivos estratégicos, emergem, atualmente, fruto das “novas” Políticas *secundárias* ou *horizontais*, valores e considerações ambientais, sociais e laborais que norteiam, a par do Princípio da Concorrência, o Direito da Contratação. Apesar da existência de uma tensão latente entre o Princípio da Concorrência e esta nova axiologia, ambas as realidades, apesar de conflituantes, buscam uma concordância prática que se exige em nome da salvaguarda de valores que limitando ou restringindo o Princípio da Concorrência, reclamam uma atitude proactiva de todos os agentes que gravitam à volta da Contratação Pública.

Em suma, o respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer atividade de contratação pública, por força de imperativos comunitários, por direta decorrência de imperativos constitucionais¹⁷⁹, por previsão da lei aplicável à contratação pública e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público, mas também de interesses financeiros públicos de boa gestão, pois é em concorrência que se formam as propostas competitivas e que a entidade adjudicante pode selecionar a melhor e mais eficiente, em ordem a satisfazer o *Best Value for Money*.

¹⁷⁹ Na perspetiva da CRP, a abertura dos contratos públicos a uma efetiva concorrência, além de favorecer a competitividade, a disputa, a rivalidade entre as empresas, constitui um instrumento de melhor prossecução do interesse público, designadamente do interesse público financeiro.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, ROBERT, 1998. *Derecho y Razón Práctica*, 2.ª ed., México: Fontamara
- ALMEIDA, JOÃO AMARAL E / SANCHEZ, PEDRO FERNÁNDEZ, 2011. *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, Coimbra
- ARROWSMITH, SUE, 2009, “Public Procurement and Horizontal Policies in EC law: General Principles”, in S. Arrowsmith, & P. Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, New Directives and New Directions* (pp. 9-54). Cambridge: Cambridge University Press.
- IDEM, 2006, “ Os Organismos de Direito Público e o respetivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, FDUL, Coimbra Editora
- BOROWSKI, MARTIN, 2007. *Abwehrrecht als grundrechtliche printzipien*
- BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE, 2011. *Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concursais*, ICJP
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, 2003. *Direito Constitucional*, Almedina
- CAUPERS, JOÃO, 2013, “ Contratação Pública e Concorrência”, in *Contratação Pública e Concorrência*, Org. Cláudia Trabuco e Vera Eiró, Almedina, PP 7-19
- DUARTE, DAVID, 2006. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*
- DWORKIN, RONALD, 1977. *Taking rights seriously*, Duckworth,, London,
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO, 2012, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*. Por uma Contratação Pública Sustentável, Almedina
- IDEM, 2006, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Almedina
- FONSECA, ISABEL CELESTE, 2009 *Direito da Contratação Pública, uma introdução em dez aulas*, Almedina
- GRAELLS, A.S., 2015, “Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?”, *Curso de Verano sobre «Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea»*, (pp. 1-14). Porto.
- GONÇALVES, PEDRO COSTA, 2015. *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina
- IDEM, 2012. “A integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, PP 251-284
- IDEM, 2012, “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública “, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, I, Almedina, PP 479-516
- HETTNE, JORGEN, 2013, “Sustainable Public Procurement and the Single Market — Is There a Conflict of Interest?” *EPPPL*, 1, pp. 31-40.
- MEDEIROS, RUI E / MIRANDA, JORGE. *Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à luz do Princípio da Concorrência*, CJA, n.º 69, CEJUR
- NEVES, ANA FERNANDA, 2011. “Os Princípios da Contratação Pública”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, II, Coimbra Editora

- OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, 2008. “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública*, I, Organização: Pedro Gonçalves, CEDIPRE, Coimbra Editora, PP 51-113
- OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE E / OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE, 2016, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, 2013, “ Contratação Pública e Concorrência”, in *Contratação Pública e Concorrência*, Org. Cláudia Trabuço e Vera Eiró, Almedina, PP 116 – 137
- IDEM, 2012, “ O Objeto sujeito à Concorrência de Mercado no CCP”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV – *Direito Administrativo e Justiça Administrativa*, Lisboa, FDUL, Coimbra Editora, PP. 675 – 695
- SILVA, JORGE ANDRADE, 2008. *Código dos Contratos Públicos, comentado e anotado*, Almedina
- SOUSA, MARCELO REBELO DE E / MATOS, ANDRÉ SALGADO, 2008. *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed., Dom Quixote
- VIANA, CLÁUDIA, 2007. *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora

JURISPRUDÊNCIA

- Ac. *Algera*, do TJUE, de 12.07.1957, Procs. apensos 7/56 e 3/57 a 7/57
- Ac. *Beentjes* do TJUE, de 21.9.1988, Proc. 31/87
- Ac. *Storebaelt*, do TJUE, de 22.06.1993, Col. 1993, p. I-3353
- Ac. *Bus Wallons* de 25 de Abril de 1996, Proc. C-87/94
- Ac. *Telaustria*, do TJUE, de 07.12.2000, Proc. 324/98
- Ac. TPI, 2.ª secção, *Succhi di frutta*, de 14.10.1999, Procs. T-191/96 e T-106/97
- Ac. *SIAC*, do TJUE de 18.10.2001, Proc. C-19/00
- Ac. do STA, de 09.04.2002 p. 48035
- Ac. *Makedoniko Metro* do TJUE, de 23.01.2003, Proc. C-57/01
- Ac. STA de 19.5.2004, Proc. 416/04
- Ac. do STA de 3.6.2004, Proc. 381/04
- Ac. STA de 08.09.2004, Proc. 0890/04
- Ac. *Fabricom* do TJUE de 03.03.2005, Proc. C-21/03 e C-34/03, Colect. p. I-1559
- Ac. do STA, de 16.06.2005, Proc. 1204/03
- Ac. *ATI EAC*, do TJUE, de 24.11.2005, Proc. C-331/04
- Ac. STA de 17.10.2006, Proc. 483/04
- Ac. do TCAN, de 16.11.2006, Proc. 545/05.6
- Ac. STA de 29.3.2007, Proc. 681/06
- Ac. do TCAN, de 14.06.2007, Proc. 1657/05
- Ac. *Lianakis* do TJUE, de 24.01.2008, Proc. C-532/06
- Ac. *Varec* do TJUE de 14.02.2008, Proc. C-450/06
- Ac. *Secap* do TJUE de 15.5.2008, Procs. 147/06 e 148/06
- Ac. *Pressetext* do TJUE, de 19.6.2008, Proc. C-454/06
- Ac. *Assitur* do TJUE, 2009, de 19.05.2009, Proc. C-538/07
- Ac. do TJUE, de 10.12.2009, Proc. T-195/08
- Ac. do TCAS de 25.03.2010, Proc. 5806/09
- Ac. do TCAS, de 31.08.2010, Proc. 06516/10
- Ac. do TCAS de 30.9.2010, Proc6517/10
- Ac. do STA, de 11.01.2011, Proc. 851/10
- Ac. do TCAS de 3.02.2011, Proc. 6545/10
- Ac. do STA, de 31.03.2011, Proc.17/11
- Ac. do Tribunal de Contas n.º 31/2011, de 03.05.2011 — 1ª S/SS, Proc. 587/2011
- Ac. do TCAS de 12.5.2011, Proc. 7536/11
- Ac. do TCAN, de 07.10.2011, Proc. 225/11
- Ac. do STA 14.12.2011, Proc. 782/11
- Ac. do TCAN, de 27.04.2012, Proc. 00619/11.4BEAVR
- Ac. do STA, de 30.01.2013, Proc. 01123/12

