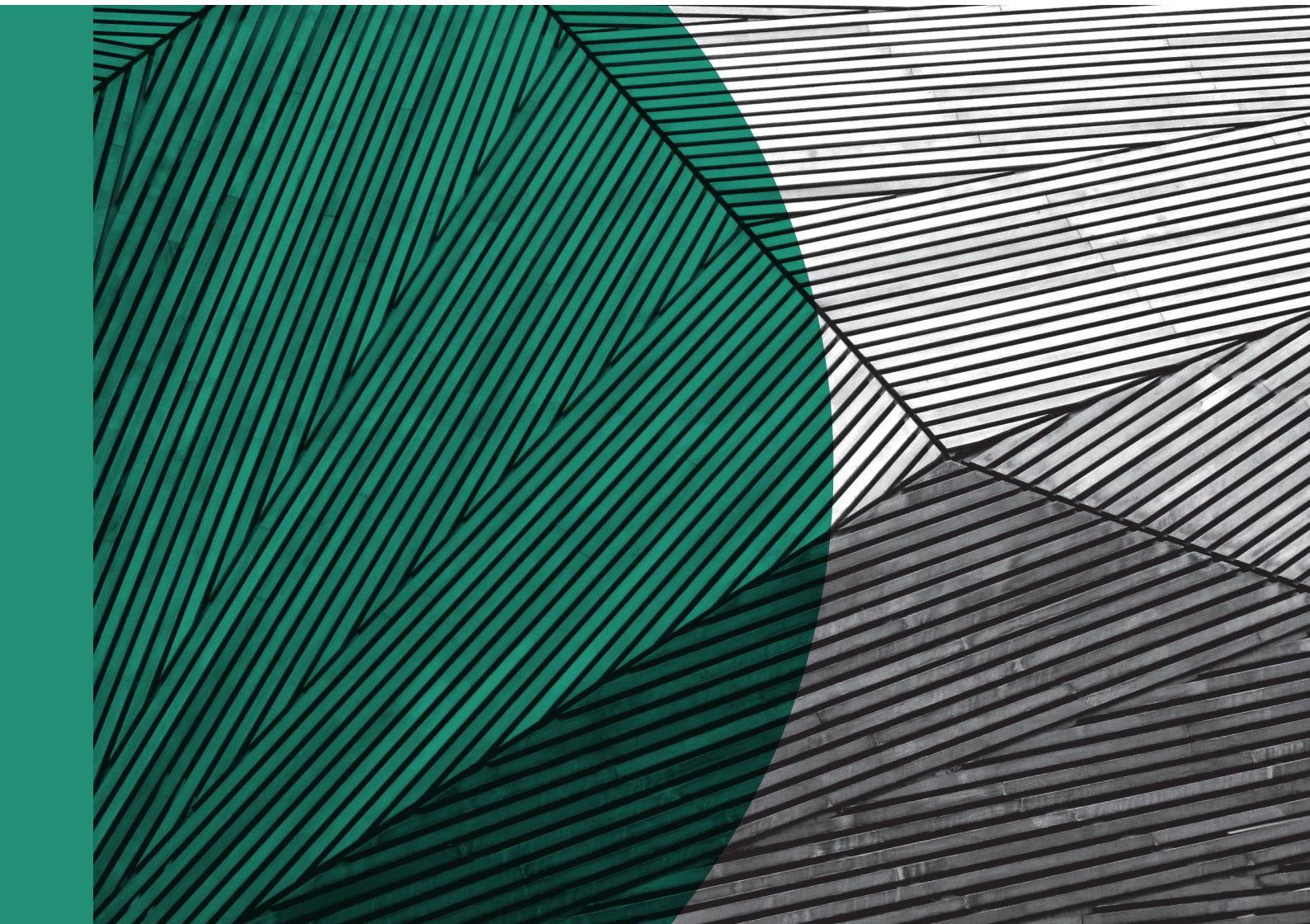


O PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DO ACTO ADMINISTRATIVO

INÊS RAMALHO



Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurais *

Miguel Nogueira de Brito

Sumário: 1.1 Introdução: princípios dos concursos e princípios da contratação; 1.2 Continuação: os princípios da contratação pública no direito interno e no direito da União; 1.3 Continuação: considerações metodológicas sobre os princípios na contratação pública; 1.4 Continuação: relevância jurídico-constitucional dos procedimentos concursais; 1.4.1 Igualdade; 1.4.2 Livre iniciativa económica; 1.4.3 Tutela jurisdicional efectiva; 1.4.4 Proporcionalidade; 2. O princípio da identificação entre entidades contratantes e entidades responsáveis pelo desempenho de funções administrativas; 3. O princípio *de minimis*; 4. O princípio da concorrência; 4.1 O princípio da objectividade dos critérios de adjudicação; 4.2 O princípio da proposta única; 4.3 O princípio da livre associação dos concorrentes; 4.4 comparabilidade das propostas; 4.5 O princípio da intangibilidade das propostas; 4.6 O princípio da estabilidade objectiva e subjectiva do procedimento; 4.7 O princípio da estabilidade objectiva e subjectiva do contrato; 5. O princípio da imparcialidade; 6. O princípio da transparência; 7. O princípio da publicidade; 8. O princípio da tipicidade.

* As páginas seguintes têm origem numa aula subordinada ao tema «Princípios do Concurso» e realizada em 20 de Janeiro de 2011, no âmbito do Curso Pós-graduado em Direito dos Concursos, coordenado pelas Professoras Doutoradas Carla Amado Gomes e Ana Neves.

1. Introdução. O tema que me foi proposto abordar consiste nos «princípios do concurso». Simplesmente, se historicamente o concurso público constituiu o procedimento paradigmático da formação dos contratos administrativos, chegando o artigo 183.º do Código do Procedimento Administrativo a estabelecer a regra de que «os contratos administrativos devem ser precedidos de concurso público», hoje em dia ele constitui apenas um dos procedimentos possíveis aos quais as entidades adjudicantes podem lançar mão, muitas vezes em condições de igualdade.

Com efeito, existe hoje uma equivalência entre o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação, estabelecida pelo legislador em vários casos. Assim, a escolha do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação permite, em condições de igualdade, a celebração, em regra, de contratos de empreitada de obras públicas [artigo 19.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos], de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços [artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do CCP] e ainda, nos casos das entidades adjudicantes que sejam pessoas colectivas públicas, de quaisquer outros contratos – com excepção dos contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos, bem como dos contratos de sociedade –, de qualquer valor (artigos 6.º e 21.º do CCP). Além disso, a escolha do concurso público, do concurso limitado por prévia qualificação e do procedimento de negociação permite a celebração, também em condições de igualdade, de contratos de concessão de obras públicas, de serviços públicos e de contratos de sociedade, qualquer que seja o valor do contrato a celebrar (artigo 31.º, n.º 1, do CCP). Finalmente, para a celebração de contratos que digam directa e principalmente respeito a actividades incluídas nos designados sectores especiais, as entidades adjudicantes devem adoptar, em alternativa, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação ou o procedimento de negociação (artigo 33.º do CCP).

Por outro lado, é verdade que o regime do concurso público constitui de algum modo a matriz dos procedimentos concursais no domínio da contratação pública, sendo o respectivo regime aplicável subsidiariamente ao concurso limitado por prévia qualificação (artigo 162.º, n.º 1, do CCP), cujo regime se aplica subsidiariamente, por seu turno, ao procedimento de negociação (artigo 193.º do CCP) e ao diálogo concorrencial (artigo 204.º, n.º 1, do CCP). Não admira, assim, que o regime do concurso público continue a exprimir de forma mais acentuada as exigências do princípio da concorrência, designadamente no que toca à objectividade dos critérios de adjudicação.

Assim, sem deixar de salientar, no lugar próprio, a especial vocação concorrencial do concurso público, a verdade é que os princípios dos concursos são também

essencialmente princípios da contratação pública, isto é, dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos.

O que acaba de ser dito é verdade ainda que os concursos, no contexto do presente curso, não sejam apenas os concursos no domínio da contratação pública, mas também os concursos em muitos outros domínios do direito público e até do direito privado: os concursos no emprego público, os concursos na atribuição de direitos de uso privativo de recursos do domínio público, os concursos para atribuição de pontos de injeção na rede eléctrica, o concurso no ensino, etc. Simplesmente, uma exposição que procurasse captar os aspectos comuns a todos estes concursos pecaria pelo seu carácter excessivamente descritivo ou, em alternativa, por se situar num grau de generalidade demasiado elevado. Atendendo ao que acaba de ser dito, a exposição subsequente tratará, deste modo, em primeira linha, dos princípios da contratação pública, sem deixar de realçar alguns aspectos de contacto com os procedimentos concursais em outras áreas. Para além das razões aduzidas, importa ainda realçar que é sobretudo no domínio da contratação pública que a matéria dos princípios tem adquirido um maior desenvolvimento. É também neste domínio que se verifica uma das características mais marcantes de uma nova realidade dos sistemas jurídicos, a do diálogo entre diferentes jurisdições.

1.2 Os princípios da contratação pública no direito interno e no direito da União. A pergunta pelos princípios da contratação pública parece encontrar uma resposta directa no artigo 1.º, n.º 4, do CCP: «à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência». Por seu turno, as directivas comunitárias fazem referência aos princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência (artigo 2.º da Directiva 2004/18/CE e artigo 10.º da Directiva 2004/17/CE).

A formulação do CCP permite logo concluir que os princípios da contratação pública não são apenas, pelo menos no direito interno, os enunciados na disposição citada. E, de facto, o artigo 5.º, n.º 4, alínea a), prevê que, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 11.º, a parte II do CCP não é aplicável à formação dos contratos que devam ser celebrados com uma entidade, que seja ela própria uma entidade adjudicante em virtude de esta beneficiar de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, desde que a atribuição desse direito seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis. O mesmo artigo, no n.º 6, dispõe que à formação de determinados contratos excluídos da parte II são aplicáveis os princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código

do Procedimento Administrativo. Finalmente, segundo o artigo 277.º, na formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis por entidades não referidas no artigo 2.º ou no n.º 1 do artigo 7.º às quais tenham sido atribuídos direitos especiais ou exclusivos no exercício de actividades de serviço público por uma das entidades adjudicantes neles referidas, devem aquelas respeitar o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade.

O que acaba de ser dito significa que no âmbito da contratação pública são relevantes não apenas os princípios específicos desta matéria, mas também os princípios gerais da actividade administrativa consagrados na Constituição e no Código do Procedimento Administrativo. Significa também, necessária e conseqüentemente, o surgimento de problemas de concordância prática entre os diversos princípios relevantes.

Sucedem ainda que os princípios jurídicos da contratação pública não coexistem apenas com os princípios gerais da actividade administrativa. Como se viu, tais princípios coexistem também com princípios comunitários com objecto idêntico. Esta coexistência coloca diversas questões.

Em primeiro lugar, atendendo ao quadro geral das relações entre o direito interno e o direito da União Europeia, traçado no artigo 8.º da Constituição, importa ter consciência de que a densificação dos princípios em matéria de contratação não pode ignorar, no direito interno, os desenvolvimentos do direito da União, expressos em actos normativos, mas também na jurisprudência e em manifestações do chamado *soft law*. Isto não significa, todavia, o reconhecimento da existência de uma relação hierárquica, em sentido estrito, entre direito interno e direito da União, mas a necessidade de tomar em consideração, no desenvolvimento do primeiro, a perspectiva do segundo, e vice-versa.

Em segundo lugar, importa salientar a jurisprudência comunitária¹ e as manifestações do *soft law* comunitário² sobre a aplicabilidade dos princípios em causa em matéria de adjudicação de contratos não abrangidos pelas directivas atrás mencionadas. De acordo com tal jurisprudência, a circunstância de as directivas não serem aplicáveis a contratos cujo objecto não se subsuma no respectivo âmbito objectivo de aplicação, ou cujo valor não ultrapasse o limiar nelas previsto, não obsta à respectiva subordinação às

¹ Cfr., por exemplo, os Acórdãos do Tribunal de Justiça Teleustria (C-324/98) e Ker-Optika (C-108/09).

² Cfr. Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário (JO, 29.4.2000), Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões (COM, 30.4.2004), Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (JO, 12.4.2008) e Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (JO, 1.8.2006, C 179/2).

normas do Tratado e aos princípios fundamentais de contratação pública. Esta orientação tem sido criticada pela insegurança jurídica que provoca nas entidades adjudicantes³. Mas, por um lado, tal orientação é também expressamente assumida no direito interno em relação a contratos excluídos do âmbito de aplicação da parte II do Código, como se viu. Por outro lado, estamos aqui no próprio núcleo da relevância jurídica dos princípios: na medida em que estes não se limitem a desempenhar uma função integrativa ou interpretativa de regimes jurídicos legais, mas se lhe reconheça também capacidade de fundar directamente a solução de casos concretos, não poderá deixar de se reconhecer igualmente o acerto da orientação em análise.

1.3 Considerações metodológicas sobre os princípios na contratação pública. Nos quadros de uma teoria sobretudo desenvolvida por Robert Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível segundo as possibilidades fácticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas de realização dos princípios são determinadas essencialmente pelos princípios opostos. Nesta medida, a aplicação de um princípio exige uma actividade de ponderação. Pelo contrário, as regras são normas que, quando se verificam determinados comportamentos nelas previstos, desencadeiam uma consequência jurídica definitiva, isto é, ordenam proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam definitivamente a fazer algo. Neste sentido, afirma-se que a aplicação das regras é uma questão de tudo ou nada. Para além disso, diz-se de duas regras incompatíveis que apenas uma pode ser válida, enquanto dois princípios opostos podem ser igualmente aceites pelo direito. Assim, podemos dizer que os princípios são normas com três principais traços característicos: *i*) a sua estrutura não se deixa reconduzir a uma previsão e a uma estatuição, mas antes assenta na definição de um objectivo que se visa atingir; *ii*) a sua aplicação aponta para uma actividade de ponderação; *iii*) os conflitos dos princípios entre si e destes com outras normas não se deixam resolver segundo os critérios usuais existentes nas ordens jurídicas para a resolução das antinomias entre regras. É este, de facto, o cerne da teoria dos princípios: «nas colisões entre um determinado tipo de normas – os princípios – nenhuma das normas que colidem se torna inválida, sucede apenas que uma das normas recua no caso concreto sem perder a sua validade. A estas opõem-se normas na forma de regras, cuja colisão conduz a que uma delas perca a sua validade»⁴.

³ Cfr. Rodrigo Esteves de Oliveira, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública - I*, Coimbra Editora, 2008, p. 63.

⁴ Cfr. Martin Borowski, “Abwehrrecht als grundrechtliche Prinzipien”, in Jan-R. Sieckmann (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur grundrechtstheorie Robert Alexys*, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 82.

O que acaba de ser dito tem inegável relevância prática: não é todo e qualquer desvio do conteúdo dos princípios que vamos abordar que justifica a afirmação da respectiva ilegalidade, mas apenas aqueles desvios que põem em causa os valores que estão na base do princípio em causa sem que, ao mesmo tempo, esses desvios se possam sustentar em outros valores com aqueles conflitantes.

É preciso, no entanto, adoptar algumas cautelas na utilização do modelo dos princípios que acaba de ser enunciado nos seus traços essenciais. É necessário, em particular, ter em atenção quatro aspectos: *i)* Em primeiro lugar, afigura-se algo redutor considerar apenas a existência de conflitos entre princípios de sinal oposto entre si, por um lado, e entre regras contrárias entre si, por outro. Com efeito, podem também ocorrer colisões intraprincípios, para além das colisões entre princípios. Basta pensar, por exemplo, nos direitos de liberdade⁵. Por outro lado, podem existir conflitos entre regras e princípios. *ii)* Em segundo lugar, importa ter presente que através do processo da ponderação sem limites pode chegar-se a um esvaziamento dos valores subjacentes ao próprio reconhecimento dos princípios. *iii)* Em terceiro lugar, o recurso imoderado a princípios como normas do caso concreto, sem a mediação de regras, pode pôr em causa a segurança jurídica. A este propósito, importa recordar o entendimento jurisprudencial, atrás aludido, segundo o qual os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência se aplicam também aos contratos não abrangidos pelas directivas. *iv)* Finalmente, e em estreita conexão com o que acaba de ser dito, importa ainda ter presente que se os princípios estão na base de muitas das regras do direito positivo, estas são, por seu turno, fundamentais à aplicação daqueles no processo concretizador⁶.

1.4 Relevância jurídico-constitucional dos procedimentos concursais. É usual dizer-se que as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias revestem a natureza de normas princípio. Interessa agora precisamente analisar a relevância dos direitos fundamentais para os procedimentos concursais. A este propósito, começarei por analisar o princípio da igualdade, para depois me debruçar sucessivamente sobre a livre iniciativa económica, a tutela jurisdicional efectiva e a proporcionalidade.

1.4.1 Princípio da igualdade. O princípio da igualdade de tratamento é central na estruturação de todas as fases do procedimento adjudicatório, podendo mesmo dizer-se que reveste importância absolutamente fundamental na estruturação do direito interno e do

⁵ Cfr. Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, pp. 273-274.

⁶ Cfr. Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, *cit.*, p. 276, nota 121.

direito da União em matéria de contratação pública⁷. É possível ir até mais longe e afirmar que em certa medida a própria existência de procedimentos concursais constitui uma manifestação do princípio da igualdade. Nesta medida, muitos dos princípios específicos que vamos abordar constituem emanações da ideia de igualdade. Assim sucede com quase todos os princípios considerados no âmbito do princípio da concorrência, podendo em certa medida afirmar-se que a igualdade é um instrumento da concorrência.

Desde logo, a proibição da discriminação em razão da nacionalidade, prevista no artigo 12.º do Tratado CE, constitui, evidentemente, um afloramento da ideia de igualdade, a ponto de os termos «igualdade» e «não discriminação» surgirem indiferenciadamente empregados na jurisprudência comunitária⁸. A este propósito importa aqui referir que o favorecimento dos nacionais não é aferido apenas directamente, mas também através de outros indícios, como o recurso a factores de adjudicação ou habilitação ligados à exigência de utilizar desempregados de longa duração, a exigência de dispor, no momento de apresentação da proposta, de um estabelecimento aberto ao público no local onde o serviço será prestado, etc. Por outro lado, a proibição do favorecimento nacional encerra na verdade a ideia de proibição de favorecimento da circunscrição territorial em que actua a entidade adjudicante, podendo falar-se também de uma proibição de favorecimento regional ou autárquico.

Existe ainda um aspecto importante no tratamento do princípio da igualdade e que consiste na sua articulação com os auxílios de Estado e subvenções públicas a particulares, o que lhes permite apresentar propostas mais baixas do que os restantes concorrentes no âmbito de procedimentos de adjudicação. Aqui há que distinguir: caso os auxílios e subvenções sejam conformes ao direito da União e ao direito interno não haverá violação do princípio da igualdade, pelo menos se o concorrente subvencionado não tiver a mesma nacionalidade do Estado membro a que pertence a entidade adjudicante ou a respectiva sede no mesmo Estado⁹.

É, em abstracto, possível retirar as seguintes consequências imediatas deste princípio no plano da actuação do legislador e da Administração no domínio da contratação pública: i) a proibição de utilização de critérios pessoais na avaliação das propostas; ii) a proibição do arbítrio; iii) a proibição de as entidades adjudicantes se desviarem da sua prática administrativa, na medida em que esta releva de um poder de auto-vinculação; iv) a imposição da igualdade na ilegalidade. Uma vez que a primeira delas

⁷ Cfr. Rodrigo Esteves de Oliveira, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, *cit.*, p. 92.

⁸ Cfr. Cláudia Viana, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007, pp. 112 e 131.

⁹ Cfr. Cláudia Viana, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, *cit.*, p. 175.

será adiante tratada mais especificamente a propósito dos princípios da comparabilidade e da objectividade, interessam-nos agora as restantes. Assim, as entidades adjudicantes não podem tratar arbitrariamente os concorrentes, convidando uns a esclarecerem as suas propostas e outros não, excluindo uns concorrentes e admitindo outros com base na mesma norma. Pelo contrário, as entidades adjudicantes encontram-se vinculadas pela sua própria prática administrativa, pelo menos quando esta releve da sua capacidade para a auto-vinculação. Aliás, pode mesmo afirmar-se que a auto-vinculação das entidades adjudicantes (a qual pressupõe é claro que as mesmas actuem no exercício de poderes discricionários ou no âmbito de uma margem de livre apreciação) tem o seu fundamento directo no princípio constitucional da igualdade¹⁰. Mas poderá já aceitar-se a última consequência, de acordo com a qual a prática de uma ilegalidade impõe, em homenagem ao princípio da igualdade, a sua perpetuação em casos futuros idênticos? A resposta é, em princípio, negativa e a sua razão de ser já está dada: fora dos casos de exercício de poderes discricionários não há lugar para uma imposição autónoma do princípio da igualdade, que não deva já ter sido efectuada no plano legislativo¹¹.

1.4.2 Livre iniciativa económica. Ao contrário do princípio da igualdade, a relevância do direito à iniciativa privada apresenta-se fortemente condicionada. À partida, sem dúvida, se entendermos o direito à iniciativa privada como a actividade dos agentes económicos, no âmbito do livre jogo da oferta e da procura, de fazerem valer os seus produtos e serviços no mercado, parece clara a relevância deste direito, consagrado no artigo 61.º da nossa Constituição. Sucede, porém, que, como vem entendendo a nossa jurisprudência constitucional, o direito à iniciativa privada não é um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, podendo apenas ser exercido nos termos da lei. Aliás, mesmo que assim não fosse, dificilmente se poderia argumentar com a circunstância de a adjudicação de um contrato público poder ser configurada como uma restrição de um direito de liberdade, uma vez que não existe qualquer direito a satisfazer a procura do Estado através da prestação de um bem ou serviço, nem tão pouco se pode falar de um direito a uma concreta decisão de contratar ou de adjudicar por parte do Estado. A liberdade de

¹⁰ Cfr. Rainer Regler, *Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht*, Duncker & Humblot, Berlim, 2007, p. 234.

¹¹ Rodrigo Esteves de Oliveira, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, *cit.*, p. 94, parece aceitar um caso de relevância, já não diacrónica, mas sincrónica da prática de uma ilegalidade, a qual seria admissível se favorecesse todos os concorrentes. Em princípio, não me parece que possa ser admitida esta consequência do princípio da igualdade, uma vez que importaria tomar em consideração não apenas a perspectiva dos concorrentes, isto é, dos participantes no procedimento, mas também a dos eventuais participantes que teriam eventualmente apresentado proposta caso não tivessem em conta a sua expectativa do cumprimento da lei.

concorrência garante apenas o direito a uma actuação do Estado através do mercado, independentemente de qualquer resultado; um direito, portanto, que se apresenta como insusceptível de ser atingido pela mera atribuição a um meu concorrente de um contrato suplementar de um outro que anteriormente me haja sido adjudicado¹². Existem, no entanto, casos em que o direito de ordinário tutela a posição conquistada por um agente económico no mercado. Assim, os artigos 21.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, atribuem ao anterior titular um direito de preferência na nova concessão do direito de uso privativo de recursos hídricos do domínio público, bem como atribuem também um direito de preferência, no âmbito do procedimento concursal para a celebração de um contrato de concessão de uso privativo ao primeiro interessado que haja solicitado a concessão de tal direito. Simplesmente, esta tutela da iniciativa privada é assumida pelo legislador ordinário (retomando, aliás, uma tradição legislativa que remonta à lei da água de 1919) e não se pode considerar, de forma alguma, uma imposição constitucional.

Existem, no entanto, dois casos em que o tratamento igualitário deixa de ser o único parâmetro jurídico-constitucional a ter em conta para passar também a adquirir eventual relevância o direito à iniciativa privada: trata-se dos casos em que a entidade adjudicante ocupa uma posição de monopólio no mercado e dos casos em que se prevêem impedimentos à participação em procedimentos concursais¹³. A este último propósito adquire especial relevância o disposto no artigo 55.º, alínea j), do CCP, de acordo com a qual não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento as entidades que «*tenham, a qualquer título, prestado, directa ou indirectamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento*». Uma interpretação demasiado ampla desta disposição pode revelar-se contrária ao direito de livre iniciativa. A este ponto retornarei adiante.

Repare-se que a exigência de realização de concursos no domínio do emprego público recebe consagração no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição, de acordo com o qual todos têm direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso. A liberdade de escolha de profissão, consagrada neste artigo, recebe uma consagração constitucional mais forte do que a liberdade de iniciativa privada o que não impede que a disciplina do concurso seja mais completa no domínio da contratação pública, em que pode ser relevante esta última liberdade, do que no do emprego público, em que é relevante a liberdade de escolha de profissão.

¹² Cfr. Rainer Regler, *Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht*, cit., p. 242.

¹³ Cfr. Rainer Regler, *Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht*, cit., pp. 244-245.

1.4.3 Tutela jurisdicional efectiva. O direito à tutela jurisdicional efectiva é, como se sabe, expressão de um princípio comum às tradições constitucionais dos diversos Estados-membros, estando ainda consagrado na CEDH (artigos 6.º e 13.º) e sendo proclamado pelo Tribunal de Justiça como um princípio de direito comunitário¹⁴. Sem prejuízo da densificação legislativa específica deste princípio no âmbito das designadas «directivas-recursos»¹⁵, de que aqui não me vou ocupar, coloca-se o problema de saber se não fará sentido estabelecer uma diferenciação entre a incidência deste princípio consoante esteja em causa a formação de contratos situados acima, ou abaixo, dos valores a partir dos quais essa mesma formação está sujeita a requisitos procedimentais específicos. Assim sucede em muitos países, em que é possível afirmar que os limiares da contratação pública separam uma relevância sobretudo da protecção jurídica secundária (isto é, assente essencialmente em pretensões indemnizatórias), quando estejam em causa contratos de valores situados abaixo daqueles limiares, de uma relevância também da protecção jurídica primária (dirigida antes de mais à eliminação do acto ilegal), quando estejam em causa, pelo contrário, contratos de valores acima dos limiares e, nessa medida, sujeitos a um procedimento concursal específico¹⁶.

Em Portugal, também assim acontece com os sectores especiais. Com efeito, aos procedimentos de formação de contratos celebrados pelas entidades adjudicantes dos sectores especiais acima dos limiares comunitários são, sem dúvida, aplicáveis as disposições relativas ao contencioso pré-contratual previstas nos artigos 100.º e seguintes do CPTA. Mas que dizer da formação de contratos de valores inferiores aos limiares de direito interno e do direito comunitário? Muito embora, as disposições do CPTA mencionadas não excluam a sua aplicação, à partida, a tais casos, torna-se mais difícil descortinar aí a presença de actos administrativos impugnáveis à luz de um bloco de legalidade claramente definido. Assim, também aqui será sobretudo relevante a protecção jurídica secundária. Neste sentido, pode dizer-se que um dos méritos do nosso CCP é o de estender a tutela jurisdicional efectiva a todos os procedimentos de formação de contratos públicos, pelo menos no domínio dos sectores clássicos.

Especialmente relevante na perspectiva da tutela jurisdicional efectiva é o regime do artigo 51.º, n.º 2, do CPTA, de acordo com o qual a circunstância de não ter impugnado qualquer acto procedimental não impede o interessado de impugnar o acto final com fundamento em ilegalidade cometidas ao longo do procedimento.

¹⁴ Cfr. Cláudia Viana, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, cit., p. 183.

¹⁵ Cfr. Cláudia Viana, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, cit., pp. 192 e ss.

¹⁶ Cfr. Rainer Regler, *Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht*, cit., pp. 56-59 e 248 e ss.

1.4.4 Princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade é hoje assumido como parâmetro de constitucionalidade não apenas de intervenções legislativas restritivas de direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 3, da Constituição), mas também de quaisquer actos do poder (artigo 2.º da Constituição) e especificamente do poder administrativo (artigo 266.º, n.º 2, da Constituição). Este princípio tem especial incidência na definição do universal concorrencial admitido a participar no procedimento, dele decorrendo que, à luz da função e objectivos do procedimento em causa, não sejam adoptadas medidas restritivas da concorrência sem justificação suficiente e adequada para o efeito. Já no plano da condução do procedimento, o princípio dirige-se especialmente às decisões das entidades adjudicantes, exigindo que as respectivas decisões em matérias tão diversas quanto as prorrogações de prazos, a valorização de irregularidades das propostas, a aplicação dos critérios de adjudicação, a concessão dos períodos de tempo necessários à consulta ou obtenção de documentos e à elaboração de reclamações, etc., sejam adoptadas com base nos subprincípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e ponderação)¹⁷.

São estas características do princípio da proporcionalidade que o tornam especialmente próximo do princípio do mútuo reconhecimento, ao abrigo do qual um operador económico tem o direito de transaccionar livremente os seus produtos e serviços no mercado de qualquer Estado-membro, se aqueles tiverem sido produzidos, comercializados ou fornecidos legalmente no Estado-membro de origem¹⁸. São também estas características que o tornam especialmente apto a uma ponderação em face de outros princípios que se apresentem conflituantes com ele.

2. Entidades contratantes. Pode parecer algo supérfluo, ou mesmo simplesmente inútil, incluir aqui uma referência à importância que reveste para a estrutura interna da contratação pública a existência de uma definição clara e compreensiva do que sejam «entidades adjudicantes». E de facto, não vou aqui ocupar-me dos conceitos de pessoa colectiva pública, de organismo de direito público ou mesmo de empresa de interesse geral, a que se reportam os artigos 2.º e 7.º do CCP. O meu interesse consiste antes em apurar o objectivo que preside a esta busca de uma definição clara e compreensiva e esse objectivo parece consistir em abranger todas as manifestações do comportamento aquisitivo do lado da procura do sector público¹⁹, pela simples razão de que só do lado da procura é possível

¹⁷ Cfr. Rodrigo Esteves de Oliveira, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, *cit.*, pp. 104-105.

¹⁸ Cfr. Cláudia Viana, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, *cit.*, p. 162.

¹⁹ Cfr. Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, p. 63.

encontrar razões que justificam uma disciplina unitária do regime da contratação pública. Essa talvez a razão pela qual o Código exclui a sua aplicação aos contratos de alienação de bens pela Administração Pública, sejam imóveis, sejam móveis [cfr. artigos 4.º, n.º 2, alínea c), e 5.º, n.º 4, alínea b)]. Com efeito, a necessária distinção entre regime de bens do domínio público e bens do domínio privado²⁰, para além da não incidência dos princípios comunitários, aconselham a exclusão desta matéria do domínio da contratação pública. Decorre daqui alguma perplexidade em relação à formulação de normas como a do artigo 16.º, n.º 1, do CCP, que enuncia os procedimentos aplicáveis para «a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercados» e a necessidade de a submeter a uma interpretação restritiva nos termos acima aludidos.

3. De minimis. É sabido que as directivas comunitárias em matéria de contratação, à semelhança do que sucede com as legislações nacionais, se aplicam apenas quando sejam excedidos certos limiares no que diz respeito ao valor dos contratos a celebrar. Importa todavia questionar qual a razão de ser da diferenciação do regime da contratação pública em duas categorias distintas em razão dos limiares. Poder-se-ia pensar que os contratos situados acima dos limiares constituem a maioria dos contratos públicos celebrados nos Estados-membros e, desse modo, dir-se-ia que aquela razão de ser consiste no reduzido risco da procura pública discriminatória no âmbito dos contratos excluídos. Sucede que a monitorização dos sistemas de contratação nos Estados-membros tem revelado que a contratação sub-dimensional parece ser três vezes superior ao volume da contratação pública acima dos limiares. Por outras palavras, a aplicação das directivas será apenas parcialmente responsável pela integração dos mercados públicos dos Estados-membros²¹.

Em grande medida é esta a circunstância que está na base da jurisprudência, acima aludida, que postula a aplicação dos princípios da contratação previstos no Tratado aos contratos não abrangidos pelas directivas comunitárias. Mas mesmo esta jurisprudência não se tem mostrado eficaz em combater a generalizada prática, nos Estados-membros, no sentido de dividir os contratos em lotes tendo em vista evitar a aplicação das directivas e de recorrer injustificadamente e excessivamente a procedimentos de adjudicação sem exigência de publicação de anúncios²². O CCP procurou contrariar estas práticas através de regras

²⁰ Sobre esta matéria, cfr. José Eduardo Figueiredo Dias, “Os Contratos de Locação e Aquisição de Bens e Serviços e de Alienação de Bens”, in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública - I*, Coimbra Editora, 2008, p. 462 e ss.

²¹ Cfr. Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, cit., p. 70.

²² Cfr. Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, cit., pp. 71-72.

destinadas a disciplinar a divisão em lotes dos contratos (artigo 22.º) e a obrigar a publicitação dos contratos celebrados na sequência dos ajustes directos (artigo 127.º).

4. O princípio da concorrência. No artigo 1.º, n.º 4, do CCP, como já vimos, faz expressa menção do princípio da concorrência, ao lado dos princípios da igualdade e da transparência, como princípio da contratação pública, ao contrário do que sucede com as Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, que não contêm qualquer referência expressa a este princípio.

De resto, não é apenas o artigo 1.º a conter esta referência expressa à concorrência como princípio fundamental da contratação pública. Assim, o artigo 5.º, n.º 1, estabelece que a parte II do Código «não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação».

O artigo 16.º, n.º 1, refere que os procedimentos nele indicados devem ser adoptados «para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado».

O artigo 42.º, n.º 3, estabelece que «as cláusulas do caderno de encargos relativas aos aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência podem fixar os respectivos parâmetros base a que as propostas estão vinculadas», consignando o n.º 5 da mesma disposição que «o caderno de encargos pode também descrever aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência, nomeadamente mediante a fixação de limites mínimos ou máximos a que as propostas estão vinculadas».

O artigo 49.º, n.º 1, menciona que «as especificações técnicas devem constar do caderno de encargos e são fixadas por forma a permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência».

Nos termos do artigo 56.º, n.º 2, «entende -se por atributo da proposta qualquer elemento ou característica da mesma que diga respeito a um aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos».

Quanto à fixação do prazo para apresentação de propostas, prevê o artigo 63.º, n.º 2, que «na fixação do prazo para a apresentação das propostas, deve ser tido em conta o tempo necessário à sua elaboração, em função da natureza, das características, do volume e da complexidade das prestações objecto do contrato a celebrar, em especial dos aspectos da

sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, bem como a necessidade de prévia inspecção ou visita a locais ou equipamentos, por forma a permitir a sua elaboração em condições adequadas e de efectiva concorrência».

O artigo 70.º, n.º 2, alínea g) determina a exclusão das propostas cuja análise revele «a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência».

O artigo 74.º, n.º 2, refere que «só pode ser adoptado o critério de adjudicação do mais baixo preço quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspectos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objecto daquele». Por seu turno, o artigo 75.º, n.º 1, consigna que «os factores e os eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e apenas, os aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, não podendo dizer respeito, directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes».

O artigo 132.º, n.º 4, menciona que «o programa do concurso pode ainda conter quaisquer regras específicas sobre o procedimento de concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante, desde que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência».

De acordo com o artigo 140.º, n.º 3, «a entidade adjudicante não pode utilizar o leilão electrónico de forma abusiva ou de modo a impedir, restringir ou falsear a concorrência». Regras idênticas surgem no artigo 189.º, n.º 4, quanto ao convite; no artigo 226.º, n.º 3, quanto aos termos de referência, no artigo 239.º, n.º 4, quanto à instituição de um sistema de aquisição dinâmico, no artigo 252.º, n.º 2, quanto à celebração de acordos quadro; no artigo 287.º, n.º 2, alínea c), quanto à atribuição de eficácia retroactiva ao contrato.

O artigo 313.º, n.º 1, estabelece que a modificação do contrato não pode «configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato». Clarificando o n.º 2 que «a modificação só é permitida quando seja objectivamente 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».

O artigo 317.º veda a cessão da posição contratual e a subcontratação sempre que «existam fortes indícios de que a cessão da posição contratual ou a subcontratação resultem de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência». O artigo 318.º, n.º 5, consigna que a estipulação contratual proibindo a subcontratação «não pode ter por efeito restringir, limitar ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato, não podendo, designadamente, limitar a possibilidade de recurso à capacidade técnica de terceiras entidades que se afigure essencial para efeitos de qualificação do co-contratante».

Sustenta-se, por vezes, que o princípio da concorrência não incide apenas na relação entre a entidade adjudicante e concorrentes ou candidatos, mas tem também importantes projecções nas relações entre concorrentes ou candidatos entre si²³. Parece, no entanto, que no âmbito da contratação pública o princípio da concorrência se manifesta sobretudo nas relações entre a entidade adjudicante e os concorrentes ou candidatos, o que alias se revela de modo especial no sistema instituído pelo Código. Com efeito, de acordo com tal sistema a proposta apresentada por um concorrente não é avaliada por comparação com as propostas dos demais concorrentes, mas apenas à luz do modelo gizado pela entidade adjudicante, em termos de se poder dizer que cada concorrente pode saber, em termos muito aproximados, quando apresenta a sua proposta, qual a pontuação que esta irá obter. Assim, revela-se inteiramente acertado sustentar que a concorrência, em sede de contratação pública, é um resultado que se obtém através da concretização dos princípios da igualdade e das liberdades comunitárias, enquanto regras que vinculam os Estados nas suas relações com os particulares²⁴. Seja como for, parece também acertado sustentar que o princípio da concorrência se exprime também, de forma significativa, através deveres dirigidos aos concorrentes, enquanto dos princípios da igualdade e da imparcialidade, por exemplo, se retiram sobretudo deveres dirigidos às entidades adjudicantes.

O princípio da concorrência não se manifesta apenas nas regras do procedimento concursal, mas é também tutelado no decurso da execução do contrato, como decorre do disposto no artigo 313.º, n.º 2, do CCP, atrás transcrito. Com efeito, a concorrência só é respeitada quando a proposta que mostrou ser a melhor no confronto com as restantes e está na base do contrato a celebrar não pode depois ser subvertida por via da modificação

²³ Cfr. Rodrigo Esteves de Oliveira, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, *cit.*, p. 66.

²⁴ Cfr. Cláudia Viana, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, *cit.*, pp. 170-172. Como sustenta a autora, é, no entanto, correcto afirmar que as regras da concorrência, fora do âmbito da contratação pública, dirigem-se fundamentalmente às empresas.

deste último. Daí falar-se de um congelamento ou manutenção da equação adjudicatória durante a execução do contrato²⁵.

Já no plano procedimental, o princípio da concorrência surge em estreita conexão com o princípio da proporcionalidade, ao exigir que a entidade adjudicante não defina os requisitos de acesso ao procedimento em termos excessivamente restritivos de acesso ao mercado em causa.

Em última análise, o princípio da concorrência consiste na ideia de acesso público de todos os interessados aos procedimentos da contratação. Por outras palavras, está em causa a ideia de que o universo concorrencial não é definido pela entidade adjudicante, antes se verificando uma apresentação pública de propostas (no concurso público) ou de candidaturas (no concurso limitado, no procedimento de negociação e no diálogo concorrencial²⁶.

O princípio da concorrência subdivide-se em vários subprincípios, que analisarei sucessivamente na exposição subsequente: o princípio da objectividade dos critérios de adjudicação; o princípio da proposta única; o princípio da livre associação dos concorrentes; o princípio da comparabilidade das propostas; o princípio da intangibilidade das propostas; o princípio da estabilidade das regras dos procedimentos; o princípio da estabilidade dos concorrentes ou candidatos; o princípio da estabilidade dos contratos públicos; o princípio da estabilidade do contrato e dos co-contratantes.

4.1 Princípio da objectividade. De acordo com o CCP, existem dois critérios possíveis de adjudicação no âmbito de um procedimento de contratação: o mais baixo preço e a proposta economicamente mais vantajosa (artigo 74.º do CCP). É fácil de compreender as razões que levam uma entidade adjudicante a escolher o critério do mais baixo preço: simplicidade, celeridade, menos apreciação qualitativa durante a avaliação das propostas.

A avaliação daquilo que é uma proposta mais vantajosa baseia-se numa série de factores escolhidos pela entidade adjudicante para o contrato em questão. Estes factores incluem, de acordo com o disposto no artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 2004/18/CE: qualidade, preço, valor técnico, características estéticas e funcionais, características ambientais, custo de utilização, rendibilidade, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega e prazo de entrega ou de execução. O princípio da objectividade encontra consagração expressa no artigo 75.º, n.º 1, de acordo com o qual «os factores e os eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta

²⁵ Cfr. Rodrigo Esteves de Oliveira, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, *cit.*, p. 69.

²⁶ Cfr. Rodrigo Esteves de Oliveira, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, *cit.*, p. 68.

economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e apenas, os aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, não podendo dizer respeito, directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes».

Uma questão que se pode colocar é de saber se um critério de adjudicação que inclua como factor a composição da equipa técnica afectada pelo concorrente à execução de uma obra, por exemplo, se conforma com o princípio da objectividade. No Acórdão Lianakis considerou-se que critérios relativos às «qualificações e aos meios susceptíveis de garantir uma boa execução do contrato em questão são critérios que dizem respeito à aptidão dos proponentes para executar esse contrato» e que, portanto, não têm a qualidade de «critérios de adjudicação», na acepção do direito comunitário²⁷. Embora a questão colocada se situe na fronteira dos critérios objectivos, afigura-se excessivo considerá-lo já como um puro critério de selecção qualitativa e não como critério de adjudicação. E, todavia, a formulação do citado artigo 75.º, n.º 1, do CCP é certamente congruente com esta leitura maximalista do princípio da objectividade.

4.2 O princípio da proposta única. Do disposto nos artigos 54.º, n.º 2 (os membros de um agrupamento candidato ou concorrente não podem ser candidatos ou concorrentes, isoladamente ou em conjunto, no mesmo procedimento), e 59.º, n.º 7 (nos casos em que o programa do procedimento não permita a apresentação de propostas variantes, cada concorrente só pode apresentar uma proposta) do CCP resulta o princípio da proposta ou candidatura única. O nosso TCA Sul, através de Acórdão de 31 de Agosto de 2010, proferido no Processo n.º 06516/10, já considerou que o facto de duas sociedades, que apresentaram propostas distintas num mesmo concurso, pertencerem ao mesmo grupo de sociedades coligadas, em domínio total inicial, consubstancia, por si só, factos que em abstracto configuram uma violação às regras e aos princípios da concorrência, assim como ao princípio da igualdade, previstos no n.º 4 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos. Nesta conformidade, determinou que as propostas apresentadas deveriam ser excluídas em obediência ao disposto no artigo 70.º, n.º 2, alínea g), de acordo com a qual devem ser excluídas as propostas cuja análise revele «a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência».

O problema que aqui se coloca é tão só o seguinte: deve esta norma ser entendida como uma norma de perigo ou uma norma de resultado? Basta a existência de uma relação

²⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Janeiro de 2008, proferido no Processo C-532/06.

de coligação, ou é necessário demonstrar, em concreto, que essa relação faz prova plena do conhecimento mútuo antecipado, por parte dos concorrentes em causa, das respectivas propostas? O Tribunal inclinou-se no sentido da primeira alternativa a cada uma das questões (neste momento está pendente recurso de revista excepcional deste acórdão para o STA). De qualquer modo, sempre se dirá que não esta a leitura da jurisprudência comunitária (cfr. Acórdão Assitur do TJ de 19 de Maio de 2009, Processo n.º C-538/07, e Acórdão Michaniki do TJ de 16 de Dezembro de 2008, Processo n.º C-213/07). Interessa salientar que existe também jurisprudência nacional no mesmo sentido: assim, o Acórdão do TCA Sul de 25 de Março de 2010, proferido no processo 05806/09, entendeu 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, em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

4.3 O princípio da livre associação dos concorrentes. Para além dos limites directamente decorrentes da lei, é ainda possível apontar a existência de limites à participação em procedimentos regulados no Código que sejam estabelecidos pela própria entidade adjudicante nos programas dos respectivos procedimentos. Com efeito, a possibilidade de introduzir tais limites deve considerar-se genericamente admitida em função da faculdade, consignada nos artigos 132.º, n.º 4, 162.º, n.º 1, 189.º, n.º 4, 226.º, n.º 3, que assiste às entidades adjudicantes de introduzir regras específicas sobre o procedimento no respectivo programa. Todavia, e de acordo com as disposições citadas, tais regras específicas não podem ter o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência, o que deverá ser avaliado no caso concreto.

Procurando conciliar o direito que o Código reconhece a qualquer entidade de se integrar num agrupamento para efeitos de participar num procedimento concursal, por um lado, e a faculdade que a lei reconhece às entidades adjudicantes no sentido de introduzir regras específicas nos procedimentos do concurso, por outro lado, parece-nos razoável propor o seguinte critério:

- a) Nos procedimentos unitários, como o concurso público ou o ajuste directo, não será possível introduzir regras limitando o direito de um concorrente se agrupar com outros para efeitos de apresentação de uma proposta;
- b) Nos procedimentos faseados, como o concurso limitado por prévia qualificação ou o concurso limitado (ou procedimento de negociação) na sequência de sistema de

qualificação, não será igualmente possível introduzir uma regra limitativa na primeira fase do procedimento – isto é, a fase de apresentação de candidaturas e qualificação dos candidatos –, sendo razoável admitir, todavia, que essa regra seja introduzida na fase subsequente de apresentação de propostas.

Em termos práticos, tal significa que a entidade adjudicante não pode restringir a possibilidade de uma entidade se integrar num agrupamento para efeitos de apresentar proposta num concurso público ou num procedimento de ajuste directo; do mesmo modo, não se afigura possível, em face do disposto no artigo 54.º do Código, que a entidade adjudicante exclua a possibilidade de uma entidade se integrar num agrupamento para efeitos de apresentar candidatura na fase de qualificação de um concurso limitado por prévia qualificação ou pedido para participação num sistema de qualificação.

Pelo contrário, nada parece obstar a que uma entidade adjudicante venha a introduzir regras de acordo com as quais as entidades qualificadas num procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, ou no âmbito de um sistema de qualificação, não poderão integrar-se em novos agrupamentos para efeitos de apresentação de propostas na sequência de tais procedimentos. A razão de ser desta restrição é simples de entender: uma vez que o direito de uma entidade se integrar num agrupamento já pôde ser exercido no âmbito da fase de qualificação, é legítimo que a entidade adjudicante pretenda, na fase subsequente de apresentação de propostas, estimular ao máximo a concorrência entre o universo já delimitado de participantes no procedimento, impedindo que os mesmos venham a agrupar-se entre si. É preciso, no entanto, esclarecer que esta restrição ao exercício do direito de apresentar uma proposta no âmbito de um agrupamento vale apenas em relação a possíveis agrupamentos entre entidades já qualificadas, não podendo excluir-se que uma entidade qualificada venha a apresentar proposta no âmbito de um agrupamento com um terceiro, isto é, uma entidade que não haja sido qualificada.

Em resultado do exposto no ponto antecedente, podemos concluir que o Código dos Contratos Públicos admite a possibilidade de uma entidade adjudicante estabelecer restrições ao direito que assiste às entidades participantes em procedimentos de adjudicação de contratos públicos de apresentarem as respectivas propostas integradas em agrupamentos. Tal possibilidade está, no entanto, sujeita a três tipos de limites: *i*) as restrições em causa não poderão ter o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência, o que deverá ser avaliado em face das circunstâncias do caso concreto; *ii*) as restrições em causa apenas poderão operar na fase de apresentação de propostas de procedimentos em que exista uma fase inicial de qualificação de candidaturas, sendo que

em tal fase inicial não poderá ser introduzida uma restrição semelhante; *iii*) as restrições em causa nunca poderão excluir a possibilidade de, em qualquer fase do procedimento, uma entidade apresentar proposta em agrupamento com terceiras entidades, isto é, entidades que não hajam sido qualificadas no âmbito do procedimento em causa.

4.4 O princípio da comparabilidade das propostas. Este princípio, concretizado no artigo 70.º, n.º 2, alíneas a) a c) (exclusão das propostas que não apresentem alguns dos atributos relativos a aspectos submetidos à concorrência; das propostas que violem os parâmetros base; das propostas impossíveis de avaliar em função do modo de apresentação dos atributos), visa assegurar que as propostas têm todos os atributos e especificações exigidos nas peças do procedimento e se conformam com os parâmetros e demais condições fixadas em tais peças, de forma a permitir a plena comparação entre as propostas na perspectiva da aplicação dos critérios de adjudicação.

À luz deste princípio importa desde logo discutir a questão das propostas variantes: em que medida se salvaguarda em relação a elas o princípio da comparabilidade das propostas? Segundo o artigo 59.º, n.º 3, do CCP, quando respeitem a aspectos da execução do contrato a celebrar que se encontrem submetidos à concorrência pelo caderno de encargos para efeitos da apresentação de propostas base, as propostas variantes só podem ser admitidas fora dos limites daquela concorrência. Mais claro é o regime do artigo 24.º, n.º 3, da Directiva 2004/18/CE, segundo o qual «as entidades adjudicantes que autorizem as variantes indicarão, no caderno de encargos, os requisitos mínimos que as variantes devem respeitar, bem como as regras para a sua apresentação».

Uma segunda questão prende-se com o problema de saber em que medida a previsão no procedimento de uma fase de negociação permite mitigar as exigências do princípios em causa, isto é, mitigar a exigência de exclusão das propostas que não apresentem alguns dos atributos relativos a aspectos submetidos à concorrência, que violem os parâmetros base ou que se revelem impossíveis de avaliar em função do modo de apresentação dos atributos. Segundo Rodrigo Esteves de Oliveira, se as propostas vão ser objecto de alterações, em fase de negociação, pode não haver motivo para não admitir a proposta a essa fase, se a respectiva deficiência não incidir sobre um aspecto decisivo à respectiva compreensão e avaliação segundo os factores de adjudicação²⁸. Este entendimento foi de algum modo consagrado na versão do artigo 118.º, n.º 2, do CCP aprovada pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro. De acordo com esta versão há

²⁸ Cfr. Rodrigo Esteves de Oliveira, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, *cit.*, p. 76.

lugar a negociação, e ao contrário do que sucedia na versão originária desta disposição, mesmo em relação às propostas que tenham sido excluídas com fundamento no artigo 70.º, n.º 2, do CCP, isto é, que não apresentem alguns dos atributos relativos a aspectos submetidos à concorrência, que violem os parâmetros base ou que se revelem impossíveis de avaliar em função do modo de apresentação dos atributos.

4.5 O princípio da intangibilidade das propostas. Até ao termo do prazo previsto para a apresentação das propostas, os concorrentes podem retirar as que hajam apresentado anteriormente e apresentar outra diferente (artigos 137.º e 176.º do CCP). Após esse momento, os concorrentes são obrigados a manter as propostas por um prazo mínimo de 66 dias, tornando-se a proposta intangível (artigo 65.º do CCP).

O princípio da tangibilidade encontra ainda acolhimento no artigo 72.º, n.º 2, do CCP, segundo o qual os esclarecimentos prestados pelos respectivos concorrentes fazem parte integrante das mesmas, desde que não contrariem os elementos constantes dos documentos que as constituem, não alterem ou completem os respectivos 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.

O princípio da intangibilidade das propostas apresenta-se como um princípio fundamental dos procedimentos concorrenciais e vale em todos os procedimentos concorrenciais. Mesmo naqueles casos em que se prevê uma fase de negociação, e portanto se admite uma alteração das propostas, o princípio não deixa de receber tutela, através do disposto no artigo 121.º do CCP. De acordo com o n.º 1 desta disposição, quando o júri der por terminada a negociação, notifica imediatamente os concorrentes para, em prazo por ele para o efeito fixado, apresentarem as versões finais integrais das propostas, as quais não podem conter atributos diferentes dos constantes das respectivas versões iniciais no que respeita aos aspectos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante tenha indicado não estar disposta a negociar. Para além disso, o n.º 2 estabelece que depois de entregues as versões finais das propostas, não podem as mesmas ser objecto de quaisquer alterações. O disposto no artigo 121.º, no âmbito do ajuste directo, aplica-se também à fase de negociação no âmbito do concurso público e do procedimento de negociação, ao abrigo dos artigos 151.º e 202.º.

São de admitir algumas cedências do princípio da intangibilidade das propostas. A primeira em homenagem ao princípio do aproveitamento dos actos: não é de excluir a possibilidade de aproveitar um concurso ilegal mediante um reajustamento das propostas

dos concorrentes, pelo menos se não estiver em causa uma ilegalidade sancionada com o vício de nulidade.

A segunda cedência dá-se em homenagem ao princípio da proporcionalidade. Revelar-se-ia excessivo, com efeito, excluir uma proposta com base em falta de certa informação quando esta se revele objectiva. Do mesmo modo, e com o mesmo fundamento, são de admitir alterações a uma proposta que consistam em simples operações de matemática ou raciocínios lógicos.

A terceira cedência verifica-se em relação à regra contida no artigo 249.º do Código Civil, nos termos do qual é sempre possível a correcção de erros de cálculo ou de escrita, desde que revelado no próprio contexto da proposta²⁹.

4.6 O princípio da estabilidade objectiva e subjectiva do procedimento. Desde a apresentação da proposta ou candidatura, deve manter-se o concorrente ou candidato que a haja submetido até ao momento da adjudicação. Este princípio de estabilidade subjectiva tem várias incidências: exclui a entrada de uma nova pessoa no agrupamento ou a substituição de uma pessoa que integra esse agrupamento (em ambos os casos se assim não fosse estar-se-ia a admitir a apresentação de uma proposta ou candidatura fora de prazo), mas já não necessariamente a saída de uma pessoa do agrupamento (tudo depende de saber se o elemento que sai era ou não essencial para a estrutura da proposta) ou a alteração da estrutura societária da empresa concorrente ou candidata.

O princípio da estabilidade objectiva deve ser considerado na perspectiva de alterações que a entidade adjudicante pretenda introduzir nas peças do procedimento antes ou depois do prazo para a entrega das propostas ou candidaturas. As alterações posteriores ao termo desse prazo devem ter-se por excluídas, salvo hipóteses de carácter excepcional cujos limites se encontram na causa de não adjudicação prevista no artigo 79.º, n.º 1, alínea c), do CCP, isto é, a necessidade de alterar, por circunstâncias imprevistas, aspectos fundamentais das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas.

Antes do termo para a apresentação das propostas ou candidaturas, afigura-se mais permissivo o regime de alteração das peças do procedimento, desde que seja dada publicidade adequada às alterações e se proceda à prorrogação do prazo para a apresentação das propostas ou candidaturas.

²⁹ Cfr. Rodrigo Esteves de Oliveira, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, *cit.*, pp. 80-84.

Hipótese de alteração das peças do procedimento expressamente regulada é a que decorre do regime dos esclarecimentos e rectificação dos erros e omissões, a que se refere o artigo 50.º, n.º 1, do CCP.

4.7 Princípio da estabilidade objectiva e subjectiva do contrato. O princípio da estabilidade dos concorrentes e do procedimento (ou estabilidade subjectiva e objectiva), com incidência até ao momento da adjudicação e da celebração do contrato, tem o seu contraponto no princípio da estabilidade do contrato e dos co-contratantes, após esse momento, durante a execução do contrato. De acordo com o artigo 313.º, n.º 1, a modificação do contrato não pode «configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato». Clarificando o n.º 2 que «a modificação só é permitida quando seja objectivamente 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».

Quanto à estabilidade subjectiva, o artigo 317.º veda a cessão da posição contratual e a subcontratação sempre que «existam fortes indícios de que a cessão da posição contratual ou a subcontratação resultem de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência». O artigo 318.º, n.º 5, consigna que a estipulação contratual proibindo a subcontratação «não pode ter por efeito restringir, limitar ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato, não podendo, designadamente, limitar a possibilidade de recurso à capacidade técnica de terceiras entidades que se afigure essencial para efeitos de qualificação do co-contratante».

5. O princípio da imparcialidade. O princípio da imparcialidade, consagrado em termos genéricos para a actividade da administração nos artigos 266.º, n.º 2, da Constituição e no artigo 6.º do CPA. Num plano eminentemente orgânico e preventivo estão em causa as figuras dos impedimentos, escusas e suspeições. Por outro lado, há ainda que considerar as situações das relações empresariais de grupo ou domínio entre entidade adjudicante e concorrente ou candidato. No plano procedimental está em causa a ponderação apenas dos factores que se integram nos critérios de adjudicação.

No nosso direito verifica-se uma tendência para entender a imparcialidade como norma de perigo e não como norma de resultado. Assim sucede com a norma do artigo

55.º, alínea j), de acordo com a qual não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que tenham prestado a qualquer título, directa ou indirectamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento. De resto, este modo de ver já antes havia sido adoptado pela nossa jurisprudência. Assim, o Ac TCA Norte de 16 de Novembro de 2006, proferido no Processo 00545/05.6BECBR, entendeu, em relação a um caso idêntico, que ocorre violação do princípio da imparcialidade sempre que sejam levados a cabo procedimentos que contenham o risco de consubstanciarem actuações parciais, independentemente da demonstração efectiva de ter ocorrido uma actuação destinada a favorecer algum dos interessados em concurso, com prejuízo de outros. De acordo como a mesma decisão, «tal entendimento dispensa a existência de provas concretas bem como o respectivo ónus de alegação, bastando-se com a existência de um mero risco de uma actuação parcial independentemente de demonstração efectiva, em ordem à ocorrência de violação do princípio da imparcialidade».

Do mesmo modo, não podem também ser definidos os factores ou subfactores de adjudicação em momento posterior à abertura das propostas [artigo 132.º, n.º 1, alínea n)]. Este aspecto tem grande concretização na nossa jurisprudência administrativa, sobretudo no domínio do emprego público.

Quanto ao primeiro aspecto, o nosso legislador foi mais longe do que o impunham os princípios do direito comunitário, uma vez que aí se admite dar ao concorrente a oportunidade de provar que «nas circunstâncias do caso concreto, a experiência adquirida não pode ter falseado a concorrência». Por outras palavras, no direito comunitário o princípio da imparcialidade tende a ser entendido como norma de resultado.

6. O princípio da transparência. O princípio da transparência é afirmado como um dos princípios da contratação pública, quer no artigo 1.º, n.º 4, do CCP, quer no artigo 2.º da Directiva 2004/18/CE e no artigo 10.º da Directiva 2004/17/CE.

Quais as implicações da transparência? Em primeiro lugar, um dever de publicitar a intenção de contratar e as principais condições do contrato a celebrar. Em segundo lugar, a publicitação das regras do procedimento. Em terceiro lugar a definição clara dos critérios de adjudicação. A este propósito, a introdução do modelo de avaliação [artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º] é, sem dúvida, uma manifestação do princípio da transparência, na medida em que permite ao concorrente saber de antemão com grau de certeza qual vai ser o seu posicionamento na ordenação das propostas ou candidaturas. Em quarto lugar, a

transparência concretiza-se na existência de meios destinados a controlar a tramitação procedimental, como a exigência de fundamentação e a audiência prévia.

7. O princípio da publicidade. Apresentando uma evidente conexão com o princípio da transparência, o princípio da publicidade representa como que a face externa daquele. Enquanto a transparência se destina a dar a conhecer a todos os interessados e, depois, participantes no procedimento o sentido, conteúdo e propósito de todas as fases deste último, a publicidade alarga o círculo dos destinatários quanto a este desvendar do procedimento.

A violação da publicidade tem diferentes consequências: estando em causa a decisão de contratar relativamente à qual se imponha a publicação de anúncios no Diário da República e no JOUE a consequência será a nulidade; tratando-se da falta de publicidade, a consequência será em regra a anulabilidade; em alguns casos poderá estar em causa a ineficácia, como sucede quando não seja publicitado o contrato celebrado na sequência de um procedimento de ajuste directo, de acordo com o disposto no artigo 127.º do CCP.

8. O princípio da tipicidade. Este princípio significa que as entidades adjudicantes estão obrigadas a adoptar determinados procedimentos para a celebração dos contratos, tal como previsto designadamente no artigo 16.º do CCP. Isto significa que as entidades adjudicantes não podem adoptar um procedimento não previsto na lei ou adoptar um procedimento legalmente previsto sem que se verifiquem os respectivos pressupostos. Se o fizerem, o procedimento será ilegal, podendo essa ilegalidade redundar mesmo numa nulidade, como já teve o STA oportunidade de decidir no acórdão de 11 de Novembro de 2003, proferido no Processo n.º 01084/03.

Segundo o STA:

«enferma de nulidade a adjudicação em crise neste processo, por praticada em procedimento pré-contratual de concurso limitado sem apresentação de candidaturas quando, atento o valor da adjudicação, se exigia, nos termos do DL 55/95, que tivesse sido seguido, pelo menos, o procedimento por negociação com publicação prévia de anúncio.

2.2.9. Finalmente, ainda que não se concordasse com a linha de princípio que se enuncia, radicada na diversa natureza do vício de falta de procedimento devido, face ao vício de falta de formalidade num dado procedimento, a solução do caso concreto haveria de ser a mesma quando, como ocorre, a partir da omissão do elemento inicial e essencial, que é o da

publicidade, se põem em crise, de forma flagrante e grave, todos os princípios a seguir pela Administração na formação dos contratos, quais sejam os da legalidade e da prossecução do interesse público, da transparência e da publicidade, da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da proporcionalidade e da boa-fé, presentemente expressamente elencados na lei, mas já antes vinculantes.»

Até agora temos falado na tipicidade de procedimentos. Coloca-se, no entanto, a questão de saber se não fará sentido admitir também um princípio de tipicidade dos contratos a celebrar na sequência dos procedimentos de contratação pública. O problema coloca-se atendendo à formulação do artigo 16.º do CCP de acordo com o qual os procedimentos previstos no código devem ser adoptado para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, entendendo-se como tal, designadamente, as prestações típicas abrangidas pelos contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis, de aquisição de serviços e de sociedade. Como se sabe, as directivas são nesta matéria bastantes mais modestas, uma vez que excluem a respectiva aplicabilidade aos contratos de concessões de serviços (mas não às concessões de obras públicas) e de sociedade e sobretudo porque não o regime procedimental nelas previstos não se aplica a contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado. Os procedimentos previstos nas directivas são aplicáveis aos contratos nelas previstos; no mais aplicam-se os princípios do Tratado CE. Importa, pois, ter consciência de que à tipicidade das directivas opõe-se o sistema de cláusula geral do nosso Código. O problema torna-se ainda mais complexo se considerarmos o alcance da norma revogatória do artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, diploma que aprovou o Código. De acordo com tal norma, é revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível. Por outras palavras, opera-se uma verdadeira revogação global.

Julgo que terá de haver aqui um entendimento restritivo: considerando as diversas alíneas do n.º 2 do artigo 16.º do CCP a cláusula geral do mesmo número deverá ser entendida como referida apenas aos contratos da procura, isto é, os contratos em que o Estado e outras entidades adjudicantes procuram bens ou serviços no mercado.

Não se põe em causa que todo o contrato administrativo deva ser antecedido de um procedimento adjudicatório, apenas se questiona que os procedimentos previstos no

CCP possam ou devam ter a vocação de procedimentos verdadeiramente gerais aplicáveis a toda a actividade da Administração Pública.

Lisboa, Janeiro de 2011