

# Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos (\*)

## I – Introdução

A perspectiva com que estudei o tema “procedimentos e instrumentos clássicos” no novo Código dos Contratos Públicos (1) foi, antes de mais, a de procurar conhecer e perceber um projecto que corresponde já a uma fase muito final de elaboração de uma peça jurídica fundamental para o nosso ordenamento jurídico. Procurarei, assim, essencialmente, apresentar as grandes linhas do Código na matéria que me competiu analisar. No entanto, tenho igualmente presente que o Código será ainda sujeito a discussão pública, podendo, por isso, num ou noutro aspecto, ser melhorado ou alterado. Deste modo, tendo consciência de que o projecto de Código que hoje conhecemos contém já a estrutura essencial do que vai ser a nova regulamentação, designadamente em matéria de procedimentos de contratação pública, não deixarei de fazer algumas sugestões de alteração em matérias em que isso me pareça relevante.

Antes de entrarmos na análise de cada um dos procedimentos ditos clássicos, tomemos consciência daquela que me parece ser a “filosofia” do Código em matéria de regulamentação dos

procedimentos pré-contratuais: tal como confessado publicamente por membros da equipa que redigiu o Código, a sua intenção foi a de que este acolhesse a máxima regulamentação possível dos procedimentos pré-contratuais, ficando para os programas de procedimento apenas aquilo que é específico de cada contrato em especial. De forma coerente com essa orientação, o Código contém, relativamente a cada um dos procedimentos, não apenas a previsão da respectiva estrutura-base mas a regulamentação detalhada das diferentes fases e das exigências que, em cada uma delas, se fazem aos candidatos e concorrentes, bem como aos júris e entidades adjudicantes.

A par disso, convém salientar que devemos interpretar a maioria das normas do Código em matéria de procedimentos pré-contratuais como normas imperativas. O Código estabelece mesmo que as disposições dos programas de procedimento que contrariem as suas normas não produzirão efeitos, prevalecendo sobre as mesmas as normas deste diploma legal.

Com estes dados como pressupostos, podemos avançar no tema e percorrer cada um dos procedimentos ditos clássicos.

Como procedimentos dessa natureza encontramos no Código dos Contratos Públicos o ajuste directo, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação e o procedimento de negociação (2).

(\*) Corresponde à intervenção oral apresentada no IX Seminário dos *Cadernos de Justiça Administrativa*, que teve lugar em Ofir, nos dias 15 e 16 de Junho de 2007.

(1) Por facilidade de exposição, e de leitura, ir-me-ei referir ao projecto de Código dos Contratos Públicos, na versão aprovada em Conselho de Ministros de 1 de Junho de 2007, como “Código dos Contratos Públicos”, ou, simplesmente, como Código, embora, como se diz no texto, tenha consciência de que não corresponde ainda à versão final do Código dos Contratos Públicos que irá vigorar na nossa ordem jurídica.

(2) Relativamente a este procedimento, o Código adopta o “nome” que para ele consta das Directivas, embora me pareça que se trata também de um verdadeiro procedimento concursal, o concurso por negociação.

A primeira constatação a fazer é a de que houve uma simplificação do elenco dos procedimentos pré-contratuais, ou seja, há no Código um menor número de procedimentos pré-contratuais “clássicos” do que na legislação ainda vigente. No entanto, embora se prevejam menos “tipos de procedimento”, a verdade é que materialmente podemos afirmar que não desaparece do nosso ordenamento jurídico nenhum dos procedimentos que hoje conhecemos.

Façamos então uma viagem pelos procedimentos clássicos no novo Código, começando pelo ajuste directo.

## II – Traços gerais dos procedimentos clássicos

### a) O ajuste directo

Começamos por assinalar que o “novo” ajuste directo comporta, dentro de si, quer o velho concurso limitado sem publicação prévia de anúncio ou sem apresentação de candidaturas, quer o procedimento de negociação sem publicação prévia de anúncio, quer ainda a antiga consulta prévia.

Vejamos: no ajuste directo escolhido em função do valor do contrato (e não no ajuste directo por razões materiais em que apenas uma entidade pode celebrar o contrato em causa), a entidade adjudicante pode convidar mais do que uma entidade <sup>(3)</sup> (ou optar livremente por convidar apenas uma). Se optar por convidar mais do que uma, lá estamos nós perante o velho concurso limitado sem publicação prévia de anúncio ou sem apresentação de candidaturas (ou perante uma consulta prévia). Para além disso, nessas circunstâncias, a entidade adjudicante

<sup>(3)</sup> Aliás, ao contrário do que é nossa tradição, e do que parece ser sugerido pelo princípio da concorrência, o Código estabelece um limite máximo de entidades a convidar (cinco). Até aqui a preocupação do legislador era a de estabelecer um número mínimo de entidades a convidar.

pode, se assim entender, determinar que se realize uma fase de negociação das propostas. Neste caso, o ajuste directo será um verdadeiro procedimento de negociação sem apresentação de candidaturas.

Cumpre ainda salientar relativamente ao ajuste directo que este constitui um procedimento exaustivamente regulamentado pelo Código, embora o facto de a entidade adjudicante dispor neste procedimento de uma série de opções que condicionam a própria estrutura procedimental (quantas entidades convida, se convida mais do que uma, se negocia ou não negocia as propostas) o transforme no procedimento mais flexível, de “geometria mais variável”, de todos os procedimentos clássicos previstos no Código.

Relativamente à fase de negociações, embora isso não me pareça expresso de forma absolutamente clara na redacção actual, parece que o que se pretende estabelecer é a existência de negociações separadas com cada um dos concorrentes que apresentem proposta, bem como a obrigatoriedade de apresentação pelos concorrentes de uma proposta final, depois das negociações, sendo sobre essas propostas finais que recai a análise das propostas para efeitos de adjudicação.

Note-se que o ajuste directo deixará de ser um procedimento residual, como sucede no panorama actual da contratação pública, pelo menos tal como querido pelo legislador do DL n.º 197/99, de 8/6, e do DL n.º 59/99, de 2/3. Com o novo Código, desde logo porque aumenta consideravelmente o valor do contrato que pode ser celebrado por meio de ajuste directo <sup>(4)</sup>, é de prever que este procedimento venha a ter um papel central.

<sup>(4)</sup> Em termos genéricos, 75 000 Euros para os bens e serviços, 150 000 Euros para as empreitadas, 100 000 Euros para os outros contratos, no caso de a entidade adjudicante ser uma pessoa colectiva pública, e 211 000 Euros para os bens e serviços e 1 000 000 de Euros para as empreitadas, no caso dos organismos de direito público.

Porventura por isso mesmo, o Código tem duas importantes e inovatórias regras que revelam uma preocupação de garantir seriedade e transparência ao procedimento de ajuste directo.

Uma delas consiste no estabelecimento de um limite ao número de contratos por ajuste directo que as entidades adjudicantes podem celebrar com uma determinada entidade cocontratante: em cada três anos económicos, ao abrigo do ajuste directo em função do valor, uma entidade adjudicante só pode celebrar com a mesma empresa contratos cujo valor somado seja igual ou inferior ao limiar do ajuste directo. Explicando com um exemplo: uma determinada pessoa colectiva pública celebra com uma determinada entidade um contrato de €25 000 de aquisição de bens; no ano seguinte, celebra com a mesma empresa um contrato de €50 000; no terceiro ano, aquela entidade adjudicante já não pode celebrar nenhum contrato por ajuste directo com essa empresa. Esta proibição legal atenua consideravelmente aquilo que penso ser uma preocupação em matéria de “liberalização” do ajuste directo e que é a criação de relações de dependência das entidades adjudicantes relativamente a determinadas empresas.

Por outro lado – julgo eu que, em parte, antecipando aquilo que vai ser exigido pela directiva “Recursos”<sup>(5)</sup> – o Código vem exigir a publici-

tação na Internet – no portal *www.contratospublicos.gov.pt* – da celebração de contratos por ajuste directo, estabelecendo essa publicitação como uma condição de eficácia do contrato, designadamente para efeitos financeiros. Desse modo, se a celebração do contrato não for publicitada, o contrato não produz efeitos<sup>(6)</sup>.

Tal exigência não se aplica ao ajuste directo de regime simplificado, “subtipo” dentro do ajuste directo em que a adjudicação se faz directamente sobre uma factura ou documento equivalente (aplicável a aquisições ou locações de bens móveis e serviços até 5000 Euros). Trata-se certamente de um procedimento convidativo

---

*mencionadas no anexo da presente directiva. A publicação de um anúncio nos termos dos artigos 35.º, n.º 4, e 36.º da Directiva 2004/18/CE, preenche as condições previstas na alínea b) do presente número. 3. A celebração do contrato na sequência da decisão de adjudicação referida no n.º 2 só pode ter lugar no termo de um prazo mínimo de dez dias a contar do dia seguinte ao dia em que o anúncio mencionado no n.º 2, alínea b), tiver começado a ser objecto da publicitação necessária”.*

<sup>(6)</sup> Como pista de reflexão, deixo aqui a questão de saber se esta publicitação poderá ter consequências também em matéria de impugnação de contratos, podendo, designadamente, colocar-se a questão de saber se não haverá a partir dessa publicitação uma presunção de conhecimento para efeitos de início de contagem do prazo para impugnação do mesmo, ou para impugnação do acto de adjudicação que, no caso dos processos urgentes, é de um mês. Para além disso, esta publicitação pode ter consequências para a ponderação a fazer sobre o prazo de impugnação de actos nulos sujeitos a contencioso pré-contratual urgente. A nossa jurisprudência tem entendido que o prazo de um mês para impugnação de alguns actos pré-contratuais, nos termos dos arts. 100.º e segs. do CPTA, se aplica mesmo aos actos feridos de nulidade. Alguma doutrina tem levantado, e bem, dúvidas quanto à bondade desta solução, designadamente em casos particulares como o de contratos celebrados por ajuste directo quando deveriam ter sido precedidos de concurso público (vício que nos termos da jurisprudência comum gera a nulidade do acto de adjudicação). Ora, tenha embora muitas reservas quanto à referida jurisprudência em matéria de prazo para impugnação de actos nulos, certo é que o facto de a celebração do contrato ser anunciada na Internet reduz as consequências nefastas de tal jurisprudência, pois amplia consideravelmente a possibilidade de os interessados conhecerem o acto a tempo de o impugnarem.

---

<sup>(5)</sup> A Directiva Recursos ainda está, como se sabe, em processo de revisão. Nesta matéria é o seguinte o texto da proposta inicial da Comissão de revisão da Directiva n.º 89/665/CEE (COM (2006) 195): “2. Sempre que a entidade adjudicante considerar que, em conformidade com o direito comunitário aplicável, pode não dar início a um processo formal que consista em medidas de publicitação e na realização de um concurso prévios à celebração de um contrato público cujo montante for superior ao limiar correspondente da Directiva 2004/18/CE, a entidade adjudicante deve, antes da celebração do contrato em questão, tomar as duas medidas seguintes: a) tomar uma decisão de adjudicação que não produza nenhum efeito contratual e seja passível de recurso nos termos dos artigos 1.º e 2.º da presente Directiva; b) publicar um anúncio que assegure um grau de publicitação adequado, contendo, pelo menos, as informações

– “tentador” mesmo de fraccionamento... –, de tão simples e desburocratizado que é.

Finalmente, uma outra questão que esta regulamentação do Código em matéria de ajuste directo coloca é a da sua compatibilidade com as orientações que a Comissão Europeia definiu na sua “Comunicação Interpretativa sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos” (7), e das consequências de uma eventual desconformidade com tais orientações.

Há duas perspectivas pelas quais podemos analisar esta questão.

Numa primeira perspectiva, de princípio, congratulo-me com o facto de o legislador português não entender como vinculativa essa comunicação interpretativa da Comissão, sendo certo que a entender-se que a comunicação teria tal natureza teríamos de concluir, em seguida, que a Comissão estaria a exercer poderes legislativos de que não dispõe (8). Para além disso, a

---

(7) Publicada no *JOCE*, n.º C 179, de 1/8/2006, p. 2. Nesta comunicação, a Comissão pretende que os Estados-membros cumpram alguns princípios do Tratado na adjudicação de contratos de valor inferior ao dos limiares quando estes tenham “relevância para o mercado interno”, designadamente que publicitem previamente a intenção de os celebrar para que os interessados possam apresentar proposta. Ora, no ajuste directo regulado pelo Código é à entidade adjudicante que compete escolher quais as entidades que podem participar no procedimento, não se prevendo qualquer publicitação deste que funcione como convite à apresentação de proposta por eventuais interessados.

(8) Curiosamente, a Alemanha impugnou a comunicação interpretativa da Comissão no Tribunal de 1.ª instância – processo T-285/06, *Alemanha v. Comissão*, *JOCE*, n.º C 294, de 2/12/2006, p. 107 –, desde logo por entender que a Comissão se estava a arrogar titular de competências legislativas de que não dispõe em matéria de contratação pública. A este recurso aderiram seis outros Estados-membros: Áustria, Finlândia, França, Grécia, República Checa e Reino Unido. Sobre este tema, v., entre outros, ADRIAN BROWN, “Case T-285/06: the German challenge to the Commission’s Interpretative Communication on Contracts not subject to the Procurement Directives”, *Public Procurement*

Comunicação em causa vai, na minha opinião, para além daquilo que são as necessidades de regras de contratação pública para a construção de um mercado único, esquecendo-se do sentido da definição de limiares pelas Directivas. O facto de as Directivas estabelecerem limiares a partir dos quais as suas disposições são aplicáveis significa que o legislador entendeu que esses seriam os valores a partir dos quais os contratos “teriam relevância para o mercado interno” (9). Não se entende por que razão se há, para além disso, de ponderar tal relevância para cada contrato de valor inferior aos limiares.

Numa outra perspectiva, que diria realista, importa, “apesar de tudo”, salvaguardar que a Comissão “olhe com bons olhos” esta opção do legislador português, por uma razão prática que reside no facto de muitos dos nossos contratos serem contratos subsidiados por fundos comunitários. Ora, sendo certo que a Comissão não tem competência para emitir normas vinculativas em matéria de contratação pública, seguro é que tem poder para suspender os fundos comunitários. É desde logo curioso notar que, neste momento, a grande maioria, senão todas, das entidades que em Portugal têm competência para gerir fundos comunitários em matéria de contratação pública enviaram às diversas entidades adjudicantes esta comunicação interpretativa, numa clara mensagem dizendo “a partir de agora tenham atenção a estas orientações e ponderem as consequências de as não respei-

---

*Law Review*, 2007, n.º 3, p. NA 84, e “De minimus curat Europae consilium”, Grégory Kalfèche, *Europe – Revue Mensuelle Lexis Nexis Juris Classeur*, Juillet 2007.

(9) Embora muitos Autores tratem estas duas questões de forma unitária, julgo que a questão é de algum modo diferente daquela que se coloca relativamente aos contratos não regulados por Directivas, como é o caso das concessões de serviços públicos. É que enquanto para estes “ainda” não há regulamentação comunitária – e por isso faz sentido invocar os princípios do Tratado –, relativamente aos contratos abaixo dos limiares houve uma expressa opção do legislador comunitário – o legislador das Directivas – de os deixar fora da regulamentação comunitária.

tarem". Importa, por isso, que o Código tenha, nesta matéria, o acordo de Bruxelas.

Depois do ajuste directo, e como vimos o ajuste directo abarca todos os outros procedimentos da legislação actual que não se iniciam com a publicação de anúncio, passemos aos procedimentos "clássicos" iniciados por anúncio.

*b) O concurso público, o concurso limitado com prévia qualificação e o procedimento de negociação*

O Código coloca agora a par o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação, estabelecendo como regra geral a possibilidade de as entidades adjudicantes escolherem livremente entre o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação<sup>(10)</sup>. Já o mesmo não sucede com o procedimento de negociação: apenas para o caso de contratos de concessão de obras e serviços públicos, e para o contrato de sociedade, entendeu o legislador que a entidade adjudicante poderia escolher livremente entre concurso público, concurso limitado por prévia qualificação e procedimento de negociação. O Código consagra esta "desigualdade" do procedimento de negociação (sendo certo que este é sempre precedido de anúncio) mesmo quando ela não é imposta pelas directivas.

Curiosamente, desde logo nos sectores clássicos para os casos de contratos abaixo dos limiares, os autores do Código não quiseram que houvesse uma livre opção pelo procedimento de negociação. Assim, na linha do que estabelecem as directivas para contratos acima dos limiares, o Código determina expressamente quais os casos

<sup>(10)</sup> Na legislação actual, a opção pelo concurso limitado por prévia qualificação só é possível quando a "complexidade técnica ou o montante envolvido exigirem uma pré-avaliação das capacidades técnicas, comerciais, financeiras e administrativas dos concorrentes", no caso do DL n.º 197/99 (art. 80.º, n.º 2), e constitui uma obrigação, no caso do DL n.º 55/99, quando "a complexidade do objecto do concurso aconselhe maior exigência de qualificação dos participantes, designadamente experiência anterior adquirida em domínios específicos" (art. 122.º).

em que a entidade adjudicante pode optar pelo procedimento de negociação.

Para além disso, nos sectores especiais (neste caso, para contratos acima dos limiares) – e sobretudo aqui não posso deixar de manifestar a minha incompreensão pela razão desta opção legislativa – entendeu-se que apenas os organismos de direito público poderiam livremente escolher entre concurso público, concurso limitado por prévia qualificação e procedimento de negociação, e não se conferiu essa flexibilidade à Administração Pública tradicional (isto é, às pessoas colectivas públicas), embora a mesma fosse compatível com as directivas comunitárias<sup>(11)</sup>.

A tramitação destes três procedimentos mantém-se no essencial. Aliás, é por isso que lhes podemos chamar "procedimentos clássicos". Quando utilizamos as expressões concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, e mesmo procedimento de negociação, sabemos todos, em termos gerais, a realidade a que nos estamos a referir.

Há, no entanto, uma novidade muito importante no Código e que diz respeito à delimitação entre o que é um concurso público e um concurso limitado.

Esta polémica sobre a distinção entre estes dois tipos de procedimentos não é nova entre nós. A propósito da definição dada pelo Código do Procedimento Administrativo (CPA) de concurso público e de concurso limitado já a doutrina questionava a linha de fronteira entre estes dois tipos procedimentais, o que levou mesmo a que as definições constantes do CPA fossem alteradas em 1996. O CPA estabelece agora que concurso público é aquele em que são admitidas todas as entidades que satisfaçam certos requisitos gerais estabelecidos na lei e que concurso limitado é aquele em que só podem apresentar

<sup>(11)</sup> Como se sabe, ao contrário do que sucede nos "sectores clássicos", nos "sectores especiais" as sucessivas directivas (e também as de 2004) sempre colocaram o procedimento de negociação a par do concurso público.

proposta as entidades convidadas para o efeito pela entidade adjudicante. O Código vai ainda bastante mais longe do que era a definição constante da primeira redacção do CPA, em que o que caracterizava o concurso limitado era o facto de só poderem ser admitidas a apresentar proposta entidades que preenchessem determinados requisitos especiais.

O Código opta por eliminar qualquer requisito de capacidade técnica e financeira como condição para participar num concurso público, ou para celebrar contratos na sequência de concurso público. Tanto quanto resulta da análise que fiz do Código, em matéria de definição do elenco de concorrentes admitidos a apresentar proposta num concurso público, a entidade adjudicante tem apenas a possibilidade de exigir um determinado objecto social que permita ao concorrente executar o contrato em causa. Para além disso, e como decorre das regras gerais estabelecidas pelo Código em matéria de celebração de contratos (para qualquer procedimento), o adjudicatário poderá ter de demonstrar ser titular de uma determinada habilitação profissional. Nada mais do que isso quando se trate de concurso público. A exigência de uma determinada capacidade técnica e financeira fica um exclusivo do concurso limitado.

Decorre da tramitação prevista para o concurso público, bem como das referidas regras gerais estabelecidas pelo Código em matéria de celebração do contrato, que esta “novidade” em matéria de concurso público não se reflecte apenas no momento em que se exige a demonstração da capacidade técnica e financeira. Num primeiro momento, estive convencida de que a demonstração dessa capacidade deixaria de ser solicitada a todos os proponentes, como até aqui, e passaria apenas a ser requerida ao adjudicatário (e se este a não conseguisse demonstrar, passar-se-ia ao segundo classificado). Tratar-se-ia apenas de uma mudança no momento procedimental de apreciação da capacidade. No entanto, não é só disso que se trata: na actual redacção

do Código desaparece do concurso público qualquer solicitação de demonstração de um mínimo de capacidade técnica e financeira.

Esta opção suscita diversas reflexões, a primeira das quais diz respeito à sua compatibilidade com o disposto nas Directivas Comunitárias, pois estas parecem pretender que exista sempre uma prévia averiguação da capacidade técnica e financeira do co-contratante <sup>(12)</sup>. No entanto, também aqui estamos em crer que o legislador não permitirá que entre em vigor uma alteração desta importância sem ter “conforto de Bruxelas” quanto à mesma.

Independentemente disso, julgo que esta opção terá como consequência que a centralidade que tem o concurso público actualmente no nosso sistema de contratação pública se desloque para o concurso limitado. Na grande maioria dos casos não é indiferente para a entidade adjudicante ter a garantia da capacidade daqueles com quem vai contratar. Para além de uma boa proposta, a entidade adjudicante quer contratar com uma empresa que sabe que tem capacidade para executar o contrato. Ora, o concurso público parece que vai deixar de exercer essa função <sup>(13)</sup>.

Importa, assim, determo-nos um pouco no concurso limitado, onde também existem novidades. O legislador vem agora distinguir dois modelos de selecção dos candidatos. Por um

<sup>(12)</sup> Veja-se, por exemplo, o n.º 1 do art. 44.º da Directiva n.º 2004/17/CE, aplicável aos diversos procedimentos, onde se estabelece que “os contratos são adjudicados com base nos critérios estabelecidos nos artigos 53.º e 55.º, tendo em conta o artigo 24.º, após verificada a aptidão dos operadores económicos não excluídos ao abrigo dos artigos 45.º e 46.º, pelas entidades adjudicantes de acordo com os critérios relativos à capacidade económica e financeira, aos conhecimentos ou capacidades profissionais e técnicos referidos nos artigos 47.º a 52.º, e, eventualmente, com as regras e critérios não discriminatórios referidos no n.º 3”.

<sup>(13)</sup> Embora obviamente não desconheça que, em contratos para os quais seja exigida uma determinada habilitação, o documento de habilitação pode servir igualmente para atestar uma determinada capacidade.

lado, aquele a que chama de “modelo simples” e que corresponde de alguma maneira, embora com mais rigor, ao que é a apreciação da capacidade técnica e financeira no actual concurso público. Neste modelo exige-se aos candidatos que satisfaçam determinados requisitos de capacidade técnica e financeira, e todos aqueles que preencherem esses requisitos são convidados a apresentar proposta. No “modelo complexo” também se estabelecem determinados requisitos de capacidade técnica e financeira, mas a capacidade dos candidatos é apreciada em função de determinados critérios pré-estabelecidos e estes são hierarquizados em função da maior capacidade. Só são convidados a apresentar proposta aqueles que tenham maior capacidade técnica e financeira (em princípio, um mínimo de cinco candidatos, a não ser que menos do que isso apresentem candidatura). É um modelo que corresponde ao actual concurso limitado por prévia qualificação.

*c) Afloramento da questão do “aproveitamento da capacidade de terceiros”*

A propósito da apreciação da capacidade dos concorrentes, gostaria apenas de levantar uma questão que julgo que se revela de alguma importância e complexidade, mesmo no quadro jurídico actual, e que me parece que o Código não resolve de maneira completa.

As Directivas de 2004 determinam que os concorrentes podem aproveitar, para efeitos de qualificação e apreciação da sua capacidade – quer financeira, quer técnica –, a capacidade de outras empresas que não são membros do agrupamento concorrente, isto é, de terceiros relativamente ao agrupamento concorrente <sup>(14)</sup> <sup>(15)</sup>. Mesmo antes da aprovação das directivas, entendia já o Tribu-

nal de Justiça que esta possibilidade existia ao abrigo das anteriores directivas <sup>(16)</sup>.

Apesar de as Directivas ainda não terem sido transpostas (ou, devido a esse atraso, que determinou que se possa invocar o efeito directo das mesmas), é normal em concursos públicos e limitados os concorrentes perguntarem se podem, e em que termos, “aproveitar” a capacidade de terceiros. Trata-se de uma questão com enormes repercussões práticas.

Não é possível, nesta sede, tratar a fundo deste tema que levanta vários problemas, designadamente, em matéria de articulação com as regras das próprias Directivas em matéria de subcontratação (o aproveitamento das capacidades de terceiros parece que implica, em alguns casos, uma autorização para a subcontratação dada no próprio procedimento concursal). Importa em qualquer caso chamar a atenção para o tema e ver como o Código o trata.

De uma maneira geral, o Código resolve bem a questão no que se refere à capacidade técnica, estabelecendo que só se pode aproveitar a capacidade de terceiros se o “terceiro” se comprometer incondicionalmente a realizar determinadas prestações do contrato a celebrar. Por outras palavras, só se a empresa que não é membro do agrupamento fizer constar da candidatura uma declaração incondicional de que realizará determinadas prestações do contrato a celebrar é que o candidato pode beneficiar da sua capacidade para ser seleccionado para apresentar proposta.

Mas ficam ainda algumas questões em aberto. Relativamente a esta mesma capacidade

---

teriores directivas não deixavam dúvidas, relativamente ao “aproveitamento” da capacidade de um dos membros do agrupamento pelos restantes, no sentido de que as exigências de capacidade têm de ser preenchidas por um dos membros do agrupamento, e não por todos.

<sup>(16)</sup> V. Acórdão de 18 de Dezembro de 1997 – *Ballast Nedam Groep*, processo c-5/97, e Acórdão de 2 de Dezembro de 1999 – *Holst v. Itália*, Processo c-176/98, ambos *in www.curia.europa.eu*.

<sup>(14)</sup> Arts. 47.º, n.ºs 2 e 3, e 48.º, n.ºs 3 e 4, da Directiva n.º 2004/18/CE e art. 54.º, n.ºs 5 e 6, da Directiva n.º 2004/17/CE.

<sup>(15)</sup> Está já resolvida entre nós a questão que levou a diversas decisões jurisprudenciais, e sobre a qual as an-

técnica, o Código determina que esta capacidade do terceiro apenas aproveita ao candidato na estrita medida das prestações objecto do contrato a celebrar que essa terceira entidade se comprometa a realizar. Isto faz todo o sentido, obviamente, mas fico com muitas dúvidas sobre o modo de operacionalizar esta norma na metodologia do Código de apreciação da capacidade técnica dos concorrentes. Como é que se vai apreciar “proporcionalmente” a capacidade técnica daquele concorrente apenas na medida das prestações que ele vai realizar?

Estranhamente, o Código não estabelece nenhuma regra em matéria de aproveitamento da capacidade de terceiros quando se trate de capacidade financeira. Ora, uma vez que as directivas também prevêem essa possibilidade, e que se trata de normas dotadas de efeito directo, a sua não transposição para o Código não significa que os interessados as não possam invocar. Era importante que o Código também regulasse esta possibilidade.

Finalmente, no que se refere aos “sectores especiais”, entendo que o Código poderia ter ido mais longe. Consta do Preâmbulo da Directiva n.º 2004/17/CE, parágrafo 51, a possibilidade de se exigir responsabilidade solidária aos terceiros cuja capacidade o concorrente pretenda “aproveitar”<sup>(17)</sup>; a ser assim, só no caso de o “terceiro” se responsabilizar solidariamente com a proposta é que o agrupamento candidato pode “usar” a sua capacidade para se qualificar. Parece-me, por isso, que fazia sentido que o Código permitisse às entidades adjudicantes nos “sectores especiais” exigir essa responsabilidade solidária do terceiro.

---

<sup>(17)</sup> Ora, como se sabe, foi a própria Comissão Europeia que reconheceu “valor normativo” aos preâmbulos destas directivas, no caso da interpretação da expressão “direitos exclusivos” na sua “Nota Explicativa – Directiva sectores especiais – Definição de Direitos exclusivos e especiais” – CC/2004/33, de 18/6/2004.

*d) Algumas notas sobre a tramitação procedimental dos procedimentos clássicos iniciados por anúncio*

Como se sabe, o Código pretende, e muito bem, entrar na era electrónica dos procedimentos concursais. Na primeira versão posta a discussão pública, previa-se que o anúncio fosse “publicado” obrigatoriamente na Internet. Na versão em apreciação, o anúncio é obrigatoriamente publicado no *Diário da República*, e não na Internet, sendo, de qualquer modo, facultativa a publicação também por essa via. As propostas dos concorrentes, essas sim, são entregues electronicamente.

A este propósito, e julgo que também por esta razão, deixará de haver acto público nos procedimentos concursais. Parece-me um passo acertado, sobretudo tendo em conta o imenso tempo gasto em actos públicos – muitas vezes, mesmo perdido – pelos diversos intervenientes no procedimento. Em qualquer caso, cumpre ter presente que se trata de um momento com muita tradição entre nós, o qual ainda é sentido por muitos como um momento de legitimação formal dos procedimentos. Compreende-se, assim, que o Código tenha sido cauteloso a prever a sua eliminação, e, em especial, que o diploma que aprova o Código contenha disposições transitórias, nos termos das quais o fim do acto público não ocorre no exacto momento da entrada em vigor do novo Código. Durante o prazo de um ano contado da data de entrada em vigor do Código as entidades adjudicantes podem continuar a exigir que as propostas sejam entregues em suporte de papel e, se o fizerem, continuará a haver acto público.

Não havendo acto público, o Código estabelece regras de acesso dos concorrentes às diversas propostas entregues. Correndo o risco de não ser “politicamente correcta”, não posso deixar de afirmar que essas regras me deixam algumas preocupações por excesso de transparência e abertura.

O Código prevê que, quando as propostas sejam entregues, a entidade adjudicante faça

uma lista dos concorrentes que as entregaram (no caso de concurso limitado, trata-se, na primeira fase, de uma lista das candidaturas apresentadas) e que dê a esses concorrentes ou candidatos um *login* e uma *password*, para que eles possam aceder às propostas e às candidaturas uns dos outros.

Esta regra de total transparência das propostas levanta uma questão quanto ao modo como está regulamentada pelo Código, e outra, mais de fundo, quanto ao grau de transparência que deve existir nesta matéria.

No que ao primeiro aspecto diz respeito, aparentemente <sup>(18)</sup>, o Código prevê que o momento em que os concorrentes passam todos a ter acesso às propostas uns dos outros (e no concurso limitado, às candidaturas) ocorra antes do momento de apreciação formal das candidaturas e das propostas. Esta “ordem dos factores” levanta desde logo a questão de valer a pena apresentar uma “pseudo-proposta” só para ter acesso às propostas e às candidaturas dos outros concorrentes. Ora, o Código, mesmo sendo desburocrizador, contém uma série de razões para que uma candidatura ou proposta não chegue a ser admitida por razões formais. Não faz sentido que os candidatos e os concorrentes tenham acesso às candidaturas e propostas antes de haver esta decisão formal sobre a respectiva admissão a concurso.

Por outro lado, e numa perspectiva mais de fundo, tenho dúvidas sobre a bondade deste acesso integral a todo o tempo às propostas dos outros concorrentes. Nos termos do Código, sempre que quiser, qualquer concorrente pode consultar, pelo tempo que pretender, qualquer outra proposta, podendo assim livremente transcrevê-la, guardá-la... Não me parece que a transparência que é apanágio do concurso pú-

<sup>(18)</sup> E digo aparentemente, porque não posso deixar de admitir que se trate ou de errada interpretação de quem escreve estas linhas, ou de deficiente redacção de quem redigiu o Código que não expressou bem aquilo que pretendia estabelecer.

blico e limitado com prévia qualificação passe por esta “abertura total”.

Eventualmente, esta questão poderia ser resolvida com a introdução no Código de normas em matéria de confidencialidade das propostas, que, estranhamente, não existem na versão que analisámos. Tenho a convicção de que um dos problemas dos concursos públicos – porventura dos concursos de maior dimensão, onde as propostas são mais complexas e mais inovadoras – é o total acesso dos concorrentes às diversas propostas. Esta abertura causa muitos constrangimentos às empresas, e mesmo dúvidas sobre a conveniência de apresentação de proposta, com receio de que sejam revelados aos seus concorrentes (concorrentes naquele procedimento e concorrentes no mercado onde actuam) segredos importantes do negócio. Este é um problema que tenho sentido que surge recorrentemente em concursos públicos.

Talvez pela dimensão do problema, o legislador comunitário foi sensível a esta questão e veio determinar que a entidade adjudicante não deve divulgar as informações que lhe tenham sido comunicadas pelos operadores económicos que estes tenham indicado como confidenciais <sup>(19)</sup>.

É certo que nós podemos entender que se aplicam no concurso público e no concurso limitado as regras do nosso ordenamento jurídico que protegem os segredos comerciais, e outros, das empresas, designadamente as regras do CPA e da Lei de Acesso aos Documentos da Administração (LADA). Cumpre, no entanto, começar por ter presente que o Código se aplica a uma série de entidades adjudicantes de natureza muito distinta, umas no âmbito de aplicação do CPA e da LADA, outras não <sup>(20)</sup>.

<sup>(19)</sup> Art. 6.º da Directiva n.º 2004/18/CE e art. 13.º, n.º 2, da Directiva n.º 2004/17/CE. Veja-se também o art. 42.º, n.º 3, da Directiva n.º 2004/18/CE e o art. 49.º, n.º 2, parte final, da Directiva n.º 2004/17/CE.

<sup>(20)</sup> Disso mesmo têm consciência os seus autores que apenas prevêm a aplicação do CPA relativamente às entidades adjudicantes que sejam pessoas colectivas públicas.

Acresce que esta questão apresenta particularidades em matéria de concursos públicos e concursos limitados, onde tem de ser resolvida a partir de uma ponderação séria entre o que são as exigências de transparência que caracterizam estruturalmente estes procedimentos (as quais ganham contornos novos pelo facto de não haver acto público) e o que são as exigências em matéria de respeito pelos segredos das empresas e pela confidencialidade de aspectos das suas propostas. Note-se que não se trata apenas de proteger os concorrentes mas também de garantir à entidade pública a possibilidade de celebrar o melhor contrato, já que a inexistência de qualquer garantia de protecção da confidencialidade das propostas pode desincentivar as empresas a concorrer, ou levar a que as condições propostas não sejam as melhores que os concorrentes poderiam apresentar. Parece-me, por isso, muito importante que se introduza no Código regulamentação em matéria de protecção da confidencialidade das propostas.

Ainda uma nota no que se refere à tramitação procedimental, para voltar a um tema a que já me referi. Como disse, o Código pretende regulamentar tanto quanto possível os diversos procedimentos e, assim, regular toda a tramitação das diversas fases procedimentais.

Não posso deixar de confessar que preferiria um Código menos regulamentador, e em qualquer caso um Código que desse alguma margem para que as entidades adjudicantes estruturassem os procedimentos contratuais, em particular os concursos, da maneira mais adequada ao concreto contrato que vão celebrar.

Como já ficou dito, e é sabido, quer o objecto dos contratos, quer o valor, quer a importância dos contratos que vão ser objecto de concursos públicos e limitados, ou procedimentos de negociação, regulados por este Código são muito diversos. Ora, nem sempre a tramitação procedimental “tradicional” se revela como a mais adequada para todos os concursos. Noutras ordens jurídicas, ou em concursos abertos por

instituições internacionais como o Banco Mundial, é habitual – e este é só um exemplo, entre muitos – estruturar o procedimento de concurso público, na fase de proposta, em dois momentos distintos: primeiro, solicita-se uma proposta técnica, depois uma proposta de preço. Nesse caso, é possível que só sejam convidados a apresentar proposta de preço os dois concorrentes que tenham apresentado as duas melhores propostas técnicas. Também nós sabemos, por experiência, que nos procedimentos de negociação, muitas vezes, o procedimento mais adequado passa por fazer uma análise das propostas, e uma selecção das duas melhores a convidar para uma fase de negociações.

Esta liberdade de estruturação é dificultada pelo Código.

Em qualquer caso, podemos encontrar alguma abertura para uma certa discricionariedade de estruturação dos procedimentos, designadamente em matéria de concurso público, quando se estabelece que o programa de concurso “pode ainda conter quaisquer regras específicas do procedimento de concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante”. No concurso limitado e no procedimento de negociação esta disposição aparece a propósito da fase de apresentação de proposta, determinando-se que o convite “pode ainda conter quaisquer regras específicas sobre a fase de apresentação e análise de propostas consideradas convenientes pela entidade adjudicante”. Embora ainda não esteja segura até onde podemos ir na interpretação destas normas, e não saiba exactamente qual o alcance que os autores do Código lhes pretenderam dar, parece-me que estas disposições são muito convenientes e terei a interpretá-las no sentido mais flexibilizador possível, “esticando” até onde for admissível, face ao texto do Código, a liberdade de as entidades adjudicantes estruturarem os procedimentos concursais à medida das necessidades do contrato que pretendem celebrar.

Uma norma para a qual me parece também valer a pena chamar a atenção, porque consti-

tui uma novidade entre nós, é aquela que prevê um prazo para adjudicar. Como se sabe, muitas vezes preocupa os concorrentes o facto de a entidade adjudicante poder demorar o tempo que quiser para analisar as propostas e adjudicar. É certo que, a partir de certos limites, os concorrentes podem retirar as suas propostas. Porém, aquilo que lhes interessa não é desistirem do concurso mas antes que este seja adjudicado (por essa razão será excepção o caso em que algum concorrente se oponha à prorrogação tácita do prazo de manutenção da sua proposta). Esta norma sobre dever de adjudicação, apesar da sua redacção, não tem a virtualidade de tornar ilícita uma adjudicação fora do prazo nela estabelecido (mesmo se não for fundamentada como aí se prevê) – resta nesse caso ao concorrente a possibilidade de retirar a proposta – mas tem a grande vantagem de permitir aos concorrentes que usem a acção administrativa especial de condenação à prática de acto devido e que peçam ao tribunal que condene a entidade adjudicante a adoptar a decisão de adjudicação (embora o tribunal não possa definir o sentido desta decisão, e ela possa mesmo ser uma decisão de não adjudicação, se estiverem reunidos os requisitos previstos na lei para o efeito; o que é, em qualquer caso, obrigatório para a entidade adjudicante, na sequência da sentença de intimação, é que adopte a decisão final do concurso que lhe ponha termo).

Em matéria de concurso público, também não poderia deixar de referir ao chamado concurso público urgente que tem sido tão noticiado. Trata-se de um procedimento para contratos urgentes de fornecimento de bens e serviços de uso corrente. Note-se que o conceito de urgência aqui utilizado difere da urgência que é usada para efeitos de ajuste directo. Neste último caso tem de se tratar de uma urgência a que entidade adjudicante não deu causa ou não pudesse prever. No concurso público urgente temos um conceito muito mais amplo de urgência (a não ser assim, a entidade adjudicante poderia re-

correr ao ajuste directo). A grande novidade é o facto de o prazo para apresentação de propostas poder ser reduzido até vinte e quatro horas. Se, de facto, a publicação de anúncio funcionar também em termos expeditos, o que hoje não acontece<sup>(21)</sup>, estamos perante uma boa inovação (obviamente aplicável a um número limitado de contratos): um procedimento muito célere que garante ampla publicidade e concorrência.

#### *e) A avaliação de candidaturas e propostas*

Finalmente, não posso deixar de dizer algumas palavras sobre um aspecto do Código que me causa preocupação: algumas das normas dele constantes em matéria de avaliação de candidaturas e de propostas. Faço-o naturalmente com o maior respeito pela melhor das intenções de quem considerou que esta seria uma contribuição para uma melhor contratação pública.

A primeira constatação que decorre da leitura destas normas é a da sua complexidade. Direi mesmo que não consigo compreender algumas delas, o que me preocupa, pelo facto de isso significar, provavelmente, que muitos dos destinatários e aplicadores do Código as não compreenderão também. O Código constituirá um instrumento que tem de ser aplicado por entidades adjudicantes muito diversas, umas com apoios jurídicos, financeiros (e até porventura, para este efeito, técnicos) muito especializados, outras sem qualquer possibilidade de terem apoios deste tipo. Os próprios concorrentes são empresas de natureza muito diversa, umas sofisticadíssimas, outras sem qualquer sofisticação. Como vão todas estas entidades aplicar bem estas normas?

Embora não saiba se ainda vai a tempo, não posso deixar de lançar um repto para que se simplifiquem estas normas. E a razão é sobre-

<sup>(21)</sup> Embora os anúncios sejam enviados para o *Diário da República* também por via electrónica, não são publicados imediatamente; se enviados simultaneamente, são, aliás, publicados muito antes no *JOCE* do que no *Diário da República*.

tudo uma: garantir a sua boa aplicação. Uma regulamentação ininteligível não é uma boa regulamentação. Além de conduzir a uma má aplicação, potencia os litígios, o que, com a legislação actual em matéria de providências cautelares, pode conduzir mesmo a um sério problema na contratação pública. Sabemos hoje da possibilidade, e da probabilidade, de os procedimentos contratuais serem suspensos por ordem judicial...

Vejamos em concreto quais os aspectos que me parecem dignos de crítica. O Código estabelece algumas regras essenciais no que concerne à avaliação das candidaturas e propostas, regras essas que não poderiam deixar de constar deste instrumento jurídico. Desde logo, determina que os factores de adjudicação têm que estar definidos no programa de concurso; indo ainda mais longe do que algumas das leis que actualmente regulam estas matérias, acrescenta que os próprios subfactores de adjudicação têm de constar do programa (determinando que podem contar para efeitos de adjudicação aqueles que estejam do primeiro nível da decomposição dos factores de adjudicação).

O Código utiliza alguma terminologia nova, mas isso não me parece, por si só, preocupante. Introduce no vocabulário da contratação pública expressões como "atributos das propostas" – para definir as suas características; "aspectos não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos" – para referir, julgo eu, aquilo que no caderno de encargos é vinculativo para todas as propostas, os aspectos em que as propostas não são verdadeiramente propostas mas mera adesão; e "parâmetros base", que são limites mínimos e máximos que o caderno de encargos pode fixar relativamente aos aspectos submetidos à concorrência.

No que concerne aos procedimentos concursais, estabelece ainda que o programa de concurso deve definir a concepção e a parametrização do modelo de avaliação das propostas, o qual tem que explicitar factores e subfactores de adju-

dicação e o valor dos respectivos coeficientes de ponderação. Até aqui parece-me que o Código explicita o essencial do que dele deve constar em matéria de avaliação de propostas.

Mas, como referi, entenderam os autores do Código que este deveria ir mais longe. Assim, começa-se desde logo por acrescentar que o modelo de avaliação das propostas deve estabelecer "os níveis plausíveis de impacto" relativos a cada um dos factores ou subfactores. Ora, nesta versão, o Código não explica o que são "níveis plausíveis de impacto", e a expressão utilizada não é certamente auto-explicativa.

Afirma o Código que "a cada factor ou subfactor deve corresponder um conjunto ordenado de níveis plausíveis de impacto de um ou vários atributos da proposta correspondendo a cada um uma pontuação determinada". E depois determina que os níveis plausíveis de impacto podem ser estabelecidos através de uma expressão qualitativa ou quantitativa, e se for quantitativa as respectivas pontuações devem "ser obtidas através de uma expressão matemática que deve ser sempre, em todo o seu domínio, não decrescente ou não crescente".

Leia-se o art. 128.º que tem a epígrafe "modelo de avaliação das propostas", veja-se igualmente a equação que nele se prevê, e compreender-se-á rapidamente a minha preocupação. Na mesma linha, também suscitam preocupação as disposições sobre avaliação da capacidade dos candidatos.

Não posso ainda deixar de chamar a atenção para uma disposição incompreensível em matéria de propostas variantes. Determina o Código que quando as propostas variantes respeitem a aspectos da execução do contrato que se encontrem submetidos à concorrência pelo caderno de encargos para efeitos da apresentação de proposta base, "as alternativas referidas no número anterior (ou seja, as alternativas constantes das propostas variantes) só podem ser admitidas fora dos limites daquela concorrência" (art. 53.º, "propostas variantes", n.º 3). Ora, se se trata

precisamente de alternativas, como podem estas estar fora dos limites da concorrência? Estarão submetidas à concorrência por excelência!

Terminando, diria que a forma como o Código regulamentou esta matéria levanta duas questões.

Em primeiro lugar, parece-me que há um problema de complexidade excessiva que decorre desde logo da própria forma como o Código está redigido. Admito que a redacção destas disposições possa ser simplificada, aclarada, explicada.

Mas esta opção do Código coloca um problema anterior que é o de saber se contribui de facto para uma melhor contratação pública que o Código imponha modelos de avaliação sofisticados a todas as entidades adjudicantes, designadamente

formas de cálculo e equações para a avaliação das propostas, ou se não lhes deveria deixar maior liberdade. Tenho muitas dúvidas de que contribua para uma melhor contratação pública que se vá tão longe em matéria de modelo de avaliação de propostas, sobretudo relembrando, mais uma vez, a complexidade e valor tão diferente dos contratos a que este Código se aplica. Parece-me que o que está na parte geral do Código a este propósito seria perfeitamente suficiente, admitindo que em contratos mais complexos se viesse a optar por modelos mais elaborados, e em contratos mais simples se utilizassem modelos mais tradicionais. Fica por isso aqui o apelo sério para que se repondere o teor do Código nesta matéria, a qual, todos concordamos, constitui um aspecto chave para uma boa contratação pública.

MARGARIDA OLAZABAL CABRAL