

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO

2.º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



*A Regulação do Mercado da Contratação Pública*

Joana Mendes Ferreira de Sousa Loureiro

Coimbra, outubro de 2013



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO

2.º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

*A Regulação do Mercado da Contratação Pública*

Joana Mendes Ferreira de Sousa Loureiro

Dissertação\* apresentada no âmbito do 2.º Ciclo  
de Estudos em Direito da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra

Área: Ciências Jurídico-Políticas

Menção: Direito Administrativo

Orientador: Professor Doutor Pedro António  
Pimenta Costa Gonçalves

\*Escrita ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico.

Coimbra, outubro de 2013

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC	Autoridade da Concorrência
Ac(s).	Acórdão(s)
ACP	Acordo sobre Contratos Públicos
ANCP	Autoridade Nacional das Compras Públicas
ANR	Autoridade Nacional dos Resíduos
ANRMAP	Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice
AR	Autoridade Reguladora
ARI	Autoridade(s) Reguladora(s) Independente(s)
ARR	Autoridades Regionais dos Resíduos
Art(s).	Artigos
ASAE	Autoridade Segurança Alimentar Económica
AVCP	Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture
BVA	Bundesvergabeamt
BVergG	Bundesvergabegesetz
BVfM	Best Value for Money
CACMEP	Comissão de Aplicação das Coimas em Matéria de Economia e Publicidade
CAP.	Capítulo
CCP	Código dos Contratos Públicos
CCPi	Código dos Contratos Públicos Italiano
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comissão Europeia

CECOCBC	Comissão Especial para a Criminalidade Organizada, a Corrupção e o Branqueamento de Capitais
CEGER	Centro de Gestão da Rede Informática do Governo
CNE	Comissão Nacional de Eleições
CNSC	Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
CP	Código Penal
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CPV	Common Public Vocabulary
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DGCC	Direcção Geral do Comércio e da Concorrência:
DGEG	Direcção-Geral de Energia e Geologia
DK	Dipartiment tal-Kuntratti
DL	Decreto-Lei
E.P.E.	Entidade Pública Empresarial
ERSAR	Entidade Reguladora das Águas e Resíduos
ERSE	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
eSPap	Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública
ESPD	European Single Procurement Document
FAR	Federal Acquisition Regulation
GEO	Government Emergency Ordinance
GeRAP	Empresa de Gestão Partilhada de Recursos da Administração Pública
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
IGAOT	Inspeção Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território
InCI	Instituto Nacional da Construção e do Imobiliário

I.P.	Instituto Público
IUB	Iepirkumu Uzraudzības Birojs
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
JOCE	Jornal Oficial das Comunidades Europeias
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
KKD	Kumitat tal-Kuntratti Dipartimentali
LC	Lei da Concorrência
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
LQ	Lei Quadro
LSCP	Ley de Contratos del Sector Publico
MAMAOT	Ministro da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território
n.	Nota de rodapé
OCP	Observatório dos Contratos Públicos
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OFT	Office of Fair Trading
P.	Processo
p.	Página
PE	Parlamento Europeu
Pg.	Parágrafo
PIL	Publisko Iepirkumu Likums
PME	Pequenas e Médias Empresas
PPN	Public Procurement Network
PPP	Parcerias Público-Privadas
PZP	Prawo Zamówień Publicznych
Reg.	Regulamento

RGCO	Regime Geral das Contraordenações
RJC	Regime Jurídico da Concorrência
RJEOP	Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas
RO	Regolamento di Organizzazione
S.	Secção
SEN	Sistema Eléctrico Nacional
SENV	Sistema Eléctrico não Vinculado
SEP	Sistema Eléctrico Público
SIEG	Serviços de Interesse Económico Geral
SNCP	Sistema Nacional de Compras Públicas
SOA	Società Organismi di Attestazione
STA	Supremo Tribunal Administrativo
Tb.	Também
TC	Tribunal Constitucional
TCAN	Tribunal Central Administrativo do Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo do Sul
TCRS	Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
TdC	Tribunal de Contas
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
TL	Tratado de Lisboa
UCVA	Unitatea pentru Coordonarea si Verificarea Achizitiilor Publice
UE	União Europeia
UMC	Unidades Ministeriais de Compras
UVO	Úrad pre Verejné Obstarávanie

VAB	Valor acrescentado bruto
VfM	Value for Money
ZVO	Zákon o verejnom obstarávaní

# ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>PARTE I – O MERCADO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>15</b>
<b>1.1 Prolegómenos .....</b>	<b>15</b>
<b>1.2 O conceito de mercado da contratação pública .....</b>	<b>23</b>
<b>1.3 Os vários tipos de mercados da contratação pública.....</b>	<b>25</b>
<b>PARTE II – A REGULAÇÃO DO MERCADO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA</b>	<b>30</b>
<b>2.1 Primeiro nível: normativo-regulamentar. A formação do mercado da     contratação pública .....</b>	<b>30</b>
2.1.1 Participação procedimental: requisitos gerais v. requisitos específicos.....	30
2.1.2 Requisitos gerais .....	37
2.1.3 A reforma comunitária do direito da contratação pública: os impedimentos nas Propostas de modernização das Diretivas de 2004 .....	54
2.1.4 Requisitos específicos .....	64
<b>2.2 Segundo nível: a exclusão de propostas. A dinâmica do mercado da     contratação pública .....</b>	<b>70</b>
2.2.1 Causas de exclusão das propostas .....	70
<b>2.3. Terceiro nível (eventual): contraordenacional.....</b>	<b>81</b>
2.3.1 Competência para instauração dos processos de contraordenação .....	88
<b>2.4 Quarto nível: defesa da concorrência. A comunicação da exclusão de     certas propostas à AC, ao InCI e à CE.....</b>	<b>89</b>
<b>2.5 Quinto nível: a supervisão financeira dos contratos públicos .....</b>	<b>92</b>
<b>2.6 A contratação por via centralizada .....</b>	<b>98</b>
<b>2.7 Conclusões intermédias: crítica ao atual modelo português de     (des)regulação da contratação pública .....</b>	<b>100</b>
2.7.1 Da atribuição de competência sancionatória à ASAE.....	101
2.7.2 Da atribuição de competência sancionatória à AC.....	104
2.7.3 Necessidade de <i>accountability</i> .....	105

<b>PARTE III – APOLOGIA DE UMA AUTORIDADE REGULADORA PARA A CONTRATAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>109</b>
<b>3.1 Considerações prévias .....</b>	<b>109</b>
<b>3.2 Direito Comparado .....</b>	<b>110</b>
3.2.1 Países que possuem uma <i>autoridade independente</i> para a supervisão dos contratos públicos .....	111
3.2.2 Países que possuem organismos <i>funcionalmente dependentes</i> do Estado com competência em matéria de contratos públicos .....	117
3.2.3 Países que não possuem uma autoridade de supervisão dos contratos públicos, mas têm um <i>órgão especializado para resolução de litígios provenientes do procedimento adjudicatório e/ou da execução do contrato</i> .....	123
<b>3.3 Modelo proposto .....</b>	<b>125</b>
3.3.1 Da <i>incidência</i> da regulação da ARI da contratação pública.....	132
 <b>CONCLUSÕES FINAIS .....</b>	 <b>136</b>
 <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	 <b>142</b>

## INTRODUÇÃO

### **i) Razão de ordem e delimitação do objeto de estudo**

O estudo que ora se apresenta pretende analisar o procedimento pré-contratual de direito público numa perspetiva transversal (abrangendo todas as suas fases) e dinâmica (tentando perceber a estrutura funcional e a arquitetura regulatória do mesmo). Almejamos, pois, identificar os sujeitos intervenientes, direta ou indiretamente, no procedimento adjudicatório, partindo do postulado de que toda a intervenção (seja normativa, regulamentar, sancionatória, fiscalizadora ou outra) é uma forma de regulação.

Dito isto, cumpre, desde já, esclarecer que o conceito de regulação por nós aqui adotado não é coincidente, pelo menos, não completamente, com o conceito de regulação económica. Com efeito, e segundo a definição de PAZ FERREIRA/L. MORAIS (2009: 22), a regulação jurídica da economia implica o “desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indirecta na actividade económica produtiva (...) incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela actividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma actividade em função de determinados objectivos públicos.” Ora, sendo certo que alguns “níveis regulatórios” do procedimento pré-contratual público são passíveis de se enquadrar nesta definição, como é o caso do nível contraordenacional – no qual surgem entidades reguladoras setoriais a sancionar os operadores económicos infratores, e, por conseguinte, a intervir na actividade (económica) exercida pelos mesmos – e, talvez, até do normativo-regulamentar – pelo menos quando em causa estejam fornecedores de SIEG, na medida em que se trata aí de limitar o acesso dos mesmos ao mercado da contratação pública –, a verdade é que esse enquadramento conceitual já não é possível quando em causa está a regulação financeira dos contratos, prosseguida pelo TdC.

Assim, e sendo este o momento em que cumpre delimitar o objeto de estudo e tecer alguns esclarecimentos prévios, necessários à compreensão do tema escolhido, sublinhamos que é importante ter presente, ao longo da leitura deste ensaio, que o conceito de regulação por nós acolhido é um conceito amplo. Tal equivale a dizer que, quando empregamos o termo “regulação”, não nos referimos à regulação económica em sentido próprio, antes lhe conferimos um significado mais literal, no exato sentido de

que a certa realidade é dispensado um determinado tratamento jurídico, que visa a normalização de condutas e procedimentos, tendo como objetivo último o exercício correto e eficiente da atividade em questão.

Como é bom de ver, esta nossa utilização do conceito de regulação identifica-se, desde logo, com a regulação pública, que, como explica P. GONÇALVES (2013: 12), “corresponde (...) a uma incumbência ou responsabilidade estadual”. Porém, não sendo a contratação pública uma atividade económica, não será rigoroso dizer-se que a regulação que sobre ela incide é uma regulação económica em sentido próprio. Atendendo, contudo, a que os contratos públicos representam uma das mais intensas manifestações da intervenção do Estado na economia (1), e, partilhando nós da tese de Graells (2010: 3), para quem as regras da contratação pública tendem a estabelecer um “market-like mechanism”, criando em alguns casos o isolamento de uma parte do mercado – “public (sub-) market” (2), quer-nos parecer que é defensável afirmar que a atividade contratual pública está sujeita a uma regulação económica em sentido amplo.

Na verdade, se a regulação económica se traduz “em disciplinar juridicamente o funcionamento da economia e do mercado” (P. GONÇALVES, 2013: 12), como qualificar as regras do direito da contratação pública, designadamente as que fixam critérios de acesso ao mercado dos contratos e as que tipificam certas condutas como contraordenação, cominando a aplicação de sanções aos operadores infratores, se não como mecanismos regulatórios de uma dada atividade (ainda que não económica) desenvolvida no quadro de um mercado *suis generis*, criado pela Administração?

Tendo, pois, como ponto de partida a ideia de que a atividade contratual pública, mormente o procedimento adjudicatório, é altamente regulada, propomo-nos analisar a estrutura regulatória em torno da qual aquele se desenvolve, procurando perceber quais as concretas funções de cada um dos atores deste palco regulatório e as ligações estabelecidas entre si, explorando eventuais áreas de conflito, sobreposição ou vazio regulatório.

Começaremos a construir as bases do nosso pensamento através da definição de três conceitos (mercado em sentido amplo, que, por sua vez, engloba o mercado da contratação pública em sentido amplo e o mercado da contratação pública em sentido estrito), pois, como melhor se compreenderá adiante, esta tripartição é importante para distinguir entre os diferentes mecanismos (níveis) regulatórios que atuam sobre o mercado da contratação pública.

O perscrutamento da dinâmica regulatória e do funcionamento do mercado da contratação pública (*lato e stricto sensu*) português coloca-nos, a dada altura, ante a constatação das limitações e dos problemas do atual modelo de regulação a que aquele está sujeito. Encontramos, pois, momentos de alguma “confusão” regulatória, e outros em que é notório um vazio ou ausência de regulação.

Neste contexto, entendemos revestir importância cardeal a análise sobre a pertinência da adoção duma nova solução regulatória, concretamente, a criação de uma autoridade reguladora da contratação pública. Responder a tal questão implica o cotejamento de experiências congêneres, implementadas em outros ordenamentos jurídicos, de modo a poder delinear-se, com base em dados empíricos e não meramente teóricos, muitas vezes desfasados da realidade, um “modelo-piloto” capaz de suprir eficientemente as lacunas que atualmente existem nesta sede.

Dito isto, estamos aptos a delimitar em pormenor o objeto da nossa investigação, que, como as linhas precedentes permitem antever, se além nas diversas fases do procedimento pré-contratual público. Contudo, sendo este um objeto demasiado amplo, e no qual caberiam uma infinidade de temas e subtemas, há que restringi-lo um pouco mais. Assim, correto será dizer que estudaremos o procedimento pré-contratual público apenas na perspetiva de saber de que forma é que o mesmo é regulado no ordenamento jurídico português, estrutural (sequência cronológica), funcional (objetivos de cada nível regulatório) e organicamente (“entidades reguladoras” deste mercado, seja em sentido próprio, seja em sentido meramente material).

## **ii) Sequência da exposição**

Traçadas as coordenadas desta investigação, resta agora explicar qual será o iter metodológico a seguir.

## **Parte I**

Começaremos por abordar perfunctoriamente a temática do Estado Regulador e traçar a ponte entre este e o objeto de estudo (**1.1**), ao que se segue uma construção teórica sobre o que entendemos por mercado da contratação pública (**1.2**), e uma

explicação abreviada dos vários tipos de mercados em que o Estado pode figurar como comprador (1.3).

## Parte II

Entrando no core da investigação, penetraremos no mercado da contratação pública, tal como concebido na Parte I, e identificaremos os diversos níveis de regulação que, tal como perfilados no direito português, atuam sobre o mesmo (2.1 – 2.6). Ao longo desta segunda Parte do nosso trabalho, que se atém nas especificidades do ordenamento jurídico nacional, encetaremos, sempre que se justificar, um cotejo com o direito da UE, designadamente no que tange às alterações que se vislumbram no horizonte, resultado da reforma do quadro legislativo europeu da contratação pública<sup>1</sup>.

Ater-nos-emos também, ainda que de forma muito breve, em alguns aspetos da contratação por via centralizada (2.7), já que esta, embora não constitua um nível de regulação autónomo, tem uma importante função na gestão da atividade contratual pública, desempenhando, ainda que lateralmente, um papel ao qual pode ser assacada uma certa função regulatória (em sentido muito amplo).

Por fim, teceremos uma apreciação crítica sobre o modelo regulatório retratado, antecipando já a necessidade de soprar ventos de mudança (2.8).

## Parte III

---

<sup>1</sup> Referimo-nos às Propostas de modernização das Diretivas de 2004, apresentadas pela Comissão em 2011 – v. COM(2011) 896 final, de 20/12, convindo desde já referir que tomaremos em linha de conta apenas a Proposta relativa aos “setores gerais” (Diretiva 2004/18) – doravante, simplesmente Proposta –, e, ainda, que todas as referências que lhe forem feitas terão por base a versão consolidada do “provisional agreement” a que o PE e o Conselho chegaram, em resultado das negociações dos trólogos entre estes dois legisladores e a CE (publicado em 9.9.13 e disponível em <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130913ATT71292/20130913ATT71292EN.pdf>). Este documento, resultado dos trólogos, reflete uma proposta de compromisso entre PE e Conselho, todavia tem ainda de ser validado em Plenário do PE, previsto para dezembro de 2013. Referir-nos-emos algumas vezes à posição do PE adotada em “primeira leitura” (art. 294.º/3 TL), constante do Relatório A7-0007/2013, de 11.1.13 (doravante Relatório), disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0007+0+DOC+PDF+V0//PT>. Para uma visão comparatística das posições de cada instituição relativamente a cada artigo da Proposta, v. o “4-Column Document” (disponível em <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130904ATT70766/20130904ATT70766EN.pdf>).

Na terceira e última parte deste trabalho, cuidaremos de analisar as vantagens inerentes à criação de uma autoridade reguladora da contratação pública, expondo os fundamentos nos quais se alicerça a necessidade dessa criação, ou, por outras palavras, a sua legitimidade **(3.1)**. Depois de concluirmos pela pertinência da criação de uma tal entidade em Portugal, cotejaremos experiências análogas implementadas já em outros ordenamentos **(3.2)**, análise que muito contribuirá para a construção funcional do modelo proposto, designadamente no que diz respeito à definição da incidência objetiva e subjetiva da regulação a prosseguir por tal autoridade **(3.3)**.

# PARTE I – O MERCADO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

*we live in an era of pervasive government outsourcing  
– what we call government by contract.*

FREEMAN / MINOW (2009: 1)

## 1.1 Prolegómenos

A rígida cisão entre o Estado e a Sociedade (em cuja esfera se situa o mercado), que surgiu no Estado Absoluto e se prolongou durante o Liberalismo, deu lugar a um elo de cooperação entre um e outro<sup>2</sup>, que fez nascer um novo modelo de Estado – o *Estado de Garantia*<sup>3</sup>. Deste Estado de Garantia, que tem uma função, como o próprio nome indica, de garante e de vigilante, e não tanto de prestador, ressalta a sua dimensão enquanto *Estado Regulador*, porquanto se trata de um Estado que não providencia diretamente todos os bens e serviços de interesse geral, mas assegura, as mais das vezes, a sua execução mediante o recurso aos privados, *i.e.*, ao mercado. Ora, a responsabilidade de assegurar tal execução implica o desenvolvimento de mecanismos regulatórios e de supervisão que garantam que os privados prosseguem as suas funções de acordo com aquele que é o interesse do Estado – o interesse público. Isto porque, não obstante a mudança de paradigma de um Estado Prestador para um Estado Regulador, não houve uma usurpação das funções do Estado; o que existe, sim, é um mitigar de responsabilidades: do lado do mercado, a responsabilidade pela execução, do lado do Estado, a responsabilidade pelo resultado (P. GONÇALVES, 2013: 53).

A ponte entre a temática do Estado Regulador e o nosso objeto de estudo não é difícil de construir. Com efeito, a contratação pública é, se não a maior, uma das maiores manifestações deste novo modelo de Estado, desde logo pela ideia básica que lhe inere: o recurso do Estado ao mercado para obter bens ou serviços com vista à

---

<sup>2</sup> P. GONÇALVES (2005: 142) fala, a este propósito, num “modelo de relacionamento simbiótico”.

<sup>3</sup> Sobre o conceito de Estado de Garantia, v. P. GONÇALVES (2013: 49 e ss); para uma evolução das relações entre Estado e Sociedade, v. R. SOARES (1969: 39 e ss).

prossecução das suas funções<sup>4</sup>. Neste sentido, a atividade contratual pública representa uma forma de intervenção estatal na economia<sup>5</sup>, à escala global<sup>6</sup>, sendo o seu objetivo último a satisfação do interesse público através de terceiros (operadores privados ou entidades públicas<sup>7</sup>). Destarte, tal como ensina P. GONÇALVES (2013: 13), o Estado, neste seu novo modelo organizativo-funcional, “mesmo que não se empenhe na produção de bens e na prestação direta de serviços aos cidadãos, cabe-lhe a responsabilidade de regular o funcionamento do mercado.”

Ora, dizer que os contratos públicos representam a satisfação de necessidades públicas com recurso ao mercado, não só significa que estes são uma forma de intervenção do Estado na economia, em geral, mas, também, que contribuem para o desenvolvimento de uma dinâmica de mercado competitiva, em particular. Esta ideia é reforçada se introduzirmos na discussão um conceito que é a pedra angular da escolha do adjudicatário: *BVM* – e aqui se manifesta intensamente a função reguladora do Estado, na medida em que tem de providenciar os instrumentos regulatórios adequados e que garantam a melhor escolha na aquisição pública.

---

<sup>4</sup> TREPTE (2004: 27) define “public procurement” – expressão anglo-saxónica adotada pelo direito da UE para designar a atividade de contratação pública – como “the situation in which it is the government (whether central or local) or some other public body that *purchases item from the market* (It. nosso).” ARROWSMITH (2003: 2), em sentido idêntico: “Government procurement” [expressão adotada pela WTO, e usada no direito estadunidense] generally refers to the purchasing by government bodies from *external providers* of the products and services these bodies need *in order to carry out their public service mission* (It. nosso).”

<sup>5</sup> Como assinala C. VIANA (2007: 25, 32), os contratos públicos são, também, “actos económicos com impacto no espaço comunitário e europeu”, constituindo “um meio privilegiado de intervenção na sociedade: ora como instrumento de política conjuntural ou estrutural, ora como instrumento de políticas sectoriais” e, bem assim, um “instrumento privilegiado de actuação económica e social”. Muito ligada a esta ideia surge aquilo que a doutrina vem designando de *função instrumental* da contratação pública – v.g., C. VIANA (2007: 32) e JEANRENAUD (1984: 151-8). Alguns autores falam, a este respeito, na prossecução de objetivos sociais, ambientais e económicos (“políticas secundárias ou horizontais”) por intermédio da contratação pública – v., entre outros, ARROWSMITH/KUNZLIK (2009) e N. RODRIGUES (2012).

<sup>6</sup> O mercado da contratação pública é um mercado global, e não nacional ou europeu, assumindo especial relevância, neste contexto, o princípio da igualdade, na dimensão da não discriminação em razão da nacionalidade – v., sobre esta questão, C. VIANA (2007: 131 e ss) e VILHENA DE FREITAS (2012).

<sup>7</sup> Com efeito, a entidade adjudicante pode obter o aprovisionamento de bens ou serviços para satisfazer o concreto interesse público que propuliona a intenção de contratar através de operadores económicos privados ou entidades públicas, sejam estas em formato de direito público (*maxime* empresas públicas) ou de direito privado (as mais das vezes organismos com forma tipicamente societária). Porém, quando o Estado recorre a entidades públicas podem surgir situações de fronteira, onde é difícil distinguir se se está perante um contrato cuja formação deve ser subordinada às regras da contratação pública, ou se, com base na específica configuração que a relação entre essas entidades evidencia, lhes seja permitido celebrar, entre si, contratos sem sujeição a um procedimento pré-contratual de direito público. É o caso das relações *in house* e de alguns contratos interadministrativos – sobre as primeiras, v., na doutrina estrangeira, MCGOWAN (2008), COMBA/TREUMER (2010) e KAARRESALO (2008), e, entre nós, D. DUARTE CAMPOS (2010), B. AZEVEDO (2008), V. MESQUITA (2010) e A. LEITÃO (2007); sobre os *contratos interadministrativos*, v. A. LEITÃO (2011).

Antes de avançarmos, cumpre tecer algumas notas acerca deste conceito.

*BVfM* é o termo utilizado para traduzir a combinação ideal entre o total custo de vida do contrato (*life-cycle cost*<sup>8</sup>) e a sua eficácia e eficiência na prossecução dos objetivos que estiveram na base da sua celebração. Dito de outro modo: há que olhar, de um lado, para todos os custos relacionados com o contrato e, do outro, para as suas características particulares, pois são estas que permitem levar a cabo a satisfação das necessidades que aquele visa suprir. É sopesando estas duas faces da mesma moeda que o comprador público deve aferir se o contrato em causa é, ou não, o que permite obter o *BVfM*, ou seja, se é a opção que representa o melhor *ratio* custo-benefício, que se vai traduzir, a final, na concretização do principal objetivo da contratação pública: a eficiência na aquisição (ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG, 2010: 5).

Ora, se assim é, a seguinte conclusão afigura-se inevitável: ao promover a concorrência para a adjudicação de certo contrato, a entidade adjudicante está a aumentar as possibilidades de escolha e, conseqüentemente, as hipóteses de lograr a máxima eficiência na aquisição<sup>9</sup>. Por este motivo, garantir uma concorrência efetiva é, desde há muito, o principal desiderato das regras da contratação pública<sup>10</sup> – a comprová-lo está o lugar de destaque que o princípio da concorrência assume no direito europeu dos contratos públicos<sup>11</sup> –, tendo vindo a assistir-se, nos últimos anos, ao aceso recordar desta necessidade<sup>12</sup>. Assim, as regras que vigoram no direito da contratação pública são verdadeiros *mecanismos regulatórios* cujo objetivo é promover a concorrência entre os participantes dos procedimentos adjudicatórios, tendo em vista, em última instância, a contratualização dos bens/serviços procurados nas melhores condições possíveis (GRAELLS, 2011: 59)<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Sobre a importância da consideração do “life-cycle cost” na contratação pública, v. PERERA/MORTON/PERFREMENT (2009).

<sup>9</sup> Citando A. MATEUS (2007: 11), diremos que “[é] através da rivalidade entre as empresas que estas procuram minimizar os custos, maximizar os lucros e desta maneira maximizam a eficiência e o bem-estar dos consumidores, bem como contribuem através da ‘corrida pela inovação’ para o progresso técnico numa sociedade.”

<sup>10</sup> TREPTE (2004: 146-7).

<sup>11</sup> Sobre isto, C. VIANA (2007: 169 e ss). Note-se que apesar de as Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE não mencionarem expressamente o princípio da concorrência nos seus arts. 2.º e 10.º (respetivamente), ambos sob a epígrafe “princípios de adjudicação dos contratos”, estabelecem uma obrigação para os Estados-Membros no sentido de assegurarem que o procedimento pré-contratual é realizado em condições de “concorrência efectiva”.

<sup>12</sup> COM(2011) 206 final, COM(2012) 573 final e COM(2010) 2020 final.

<sup>13</sup> A este propósito, e porque é uma solução que não permite ao comprador público adquirir nas melhores condições, *i.e.*, não lhe garante o *BVfM*, cumpre referir que não concordamos com a atual

---

redação do art. 53.º/1-b), da Diretiva 2004/18, nem, tão-pouco, com as alterações que a redação inicial da Proposta de Diretiva previa neste âmbito (art. 66.º/1-b da redação inicial da Proposta).

Com efeito, ao abrigo da redação atual da Diretiva, são critérios de adjudicação a proposta economicamente mais vantajosa e o preço mais baixo, sendo que a Proposta, na sua versão original, se limitava a substituir a palavra *preço* por *custo*. Pese embora a alteração da terminologia denote alguma preocupação da CE com a problemática que envolve as adjudicações unicamente baseadas no preço, a verdade é que aquela devia ter sido mais radical, deixando como único critério de adjudicação a proposta economicamente mais vantajosa.

Consciente desse facto, o PE erigiu, no seu relatório sobre a Proposta (já referido *supra*), proferido em sede de primeira leitura, o critério da proposta economicamente mais vantajosa a critério de adjudicação único. A emenda do PE fez fé e acabou por ser acolhida nas negociações com o Conselho, tal significando que, a aprovar-se, em Plenário do PE, a redação proposta conjuntamente pelos dois colegisladores, esta será uma das maiores alterações da futura Diretiva.

Efetivamente, atender unicamente ao preço para efeito da decisão de adjudicação é reduzir a análise da entidade adjudicante a um dos pontos contratuais, o que pode ter consequências desastrosas, mormente em contratos de longa duração (pense-se, *v.g.*, nos paradigmáticos reequilíbrios financeiros dos contratos de concessão), pois não se atende ao seu “life-cycle cost”. Ainda que a palavra *custo* – terminologia que figurava na redação original da Proposta – tenha um âmbito mais alargado do que *preço*, permitindo abarcar outras parcelas económicas do contrato, continuaria a possibilitar às entidades adjudicantes escolherem a proposta de preço mais baixo, o que é notado pelo PE como um ponto deveras negativo – PE (2011: ponto 13; 2013).

Com efeito, quando o Estado vai às compras, fá-lo para satisfazer necessidades de interesse público, não devendo, por isso, definir o preço como único critério da sua escolha. Isto porque, obviamente, apesar de não pretendermos um Estado esbanjador, sobretudo num momento de crise como o que se vive, hoje, na Europa, precisamos de um Estado curador, *i.e.*, que satisfaça as necessidades da sua população com racionalidade, sopesando as várias dimensões de um produto ou de um serviço (*v.g.* a qualidade, se é ou não “eco-friendly”, bem como os custos de manutenção e de assistência técnica), e, principalmente, a relação *life-cycle cost-benefício*.

Por outro lado, adjudicar um contrato com fundamento apenas no mais baixo preço é uma falácia, pois esse contrato pode, a jusante, revelar-se um negócio muito mais caro para a entidade adjudicante do que se esta tivesse optado por uma proposta de preço superior, mas cujos atributos seriam suscetíveis de fomentar mais confiança na qualidade do produto. Na verdade, não só podem realmente ocorrer alterações que justifiquem uma revisão do preço contratualizado, como os próprios operadores económicos, atuando de má fé, podem apresentar determinado preço como sendo o efetivo real, vindo depois fazer “ajustes”, que reportam como necessários e impossíveis de prever à data da apresentação da proposta.

Ora, os prejuízos advindos da adoção acrítica do critério do preço mais baixo refletem-se em diversos ângulos: a qualidade do bem/serviço, não sendo satisfatória, pode levar ao término antecipado do contrato, o que, conseqüentemente, pode fundamentar o pagamento de indemnizações ao cocontratante e a procura de alternativas. Outro ponto negativo do critério do preço mais baixo reside no facto de que, tendencialmente, os fabricantes determinarão a conceção dos seus produtos atendendo aos requisitos mínimos, não investindo em especificações inovatórias adicionais, porquanto estas não representam uma vantagem competitiva em procedimentos orientados apenas pelo critério do preço.

Indo mais longe na nossa crítica, e considerando as preocupações tão atuais da “green procurement”, da promoção da inovação e da sustentabilidade, devemos chamar à colação o princípio da integração das exigências em matéria de proteção do ambiente na execução das políticas da UE, inscrito nos arts. 11.º do TFUE e 37.º da CDFUE. Como é bom de ver, a integração de medidas protecionistas do ambiente será mais facilmente lograda se o *budget* disponível para a aquisição não estiver sujeito a limitações rígidas, o que, naturalmente, não sucederá se o critério de adjudicação adotado for o do preço mais baixo, pois, necessariamente, bens dotados de tecnologias inovatórias que possibilitem a obtenção de determinados efeitos benéficos para o ambiente (*v.g.*, a diminuição da emissão dos níveis de CO<sub>2</sub>, como é o caso dos automóveis elétricos) terão um custo de produção mais elevado do que aqueles que não possuam tal tecnologia.

Contra o argumento, oferecido por alguns autores – M. RAIMUNDO (2013: 364) e COPPIER/PIGA (2006: 2-3) –, de que o critério da proposta economicamente mais vantajosa abre a porta à corrupção nos procedimentos, por permitir uma mais ampla discricionariedade da Administração, diremos que uma adequada supervisão dos contratos públicos colmataria esta consequência potencialmente negativa, adjacente à adoção de um tal critério. Esta nossa posição é, aliás, corroborada num relatório da CECOCBC, do PE, onde é referido “that procedures for public procurement must be based on the

A promoção de prosperidade na economia através do comércio – na sua aceção mais lata, abrangendo a contratação pública – tem por base a ideia de que a abertura dos mercados além-fronteiras contribui para o aumento do bem-estar social (ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG, 2010: 44). Em causa está um problema que já não é novo: o da abolição de barreiras ao comércio internacional.

As Propostas de modernização das Diretivas de 2004, apresentadas pela Comissão em 2011, vêm reforçar a necessidade de quebrar certas barreiras que ainda subsistem relativamente à entrada no mercado dos contratos públicos, *v.g.*, no caso das PME e das empresas transfronteiriças<sup>14</sup>.

Porém, não apenas a entrada no mercado (*competition for the market*) é objeto de destaque na Proposta; também a dinâmica do mercado, *i.e.*, como os *players* se movem e interagem (*competition in the market*), é uma preocupação patente na mesma. Assim, a Proposta aponta como objetivo a simplificação e flexibilização dos procedimentos<sup>15</sup>, almejando uma maior facilidade no acesso ao mercado e, simultaneamente, ganhos significativos na celeridade do processo de adjudicação.

---

principle of legality, and also that, in that framework, the criterion of the economically most advantageous tender should be defined in order to ensure transparency (to be achieved not least through e-procurement) and prevent frauds corruption and other serious irregularities” (PE, 2013a: 21).

Muito mais haveria a dizer sobre o tema, mas, em benefício da economia desta dissertação, concluiremos manifestando a nossa concordância com a redação final da Proposta, que consagra como único critério de adjudicação a proposta economicamente mais vantajosa.

Convém, no entanto, alertar que o conceito de “proposta economicamente mais vantajosa” pode induzir interpretações que não demonstram o seu real significado. A este propósito, o TJ teve já ocasião de se manifestar diversas vezes. A primeira, no P. C-513/99, de 17/9, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se a entidade adjudicante poderia incluir, entre os critérios de determinação da proposta economicamente mais vantajosa, a promoção de objetivos de política ambiental, ainda que tais critérios não contribuíssem diretamente para a obtenção de uma vantagem económica em seu benefício. Esclareceu, então, o TJ que cada critério escolhido para identificar a proposta economicamente mais vantajosa não tem necessariamente de ter uma natureza puramente económica, e, por outro lado, fatores que não são puramente económicos podem influenciar o valor de uma proposta (*v. especialmente os pontos 55 e 57 do Ac.*). Este entendimento voltou a ser sufragado no Ac. *Wienstrom* (P. C-448/01, de 4.12.03), caso em que o TJ foi instado a esclarecer as hipóteses em que as Diretivas permitem à entidade adjudicante usar critérios que prossigam vantagens às quais não pode ser objetivamente assacado valor económico (*v.g.* vantagens ambientais), tendo concluído que um critério que impõe o fornecimento de eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis não está, em princípio, excluído (*v. especialmente o ponto 34*). Recentemente, num Ac. de 10.5.12, proferido no âmbito do P. C-368/10, o TJ voltou a manifestar-se sobre este tema, adotando, no entanto, uma posição mais vanguardista, uma vez que estendeu a mencionada jurisprudência a critérios que visam atingir objetivos de natureza social, seja relativamente às pessoas a cujo uso do produto ou do serviço se destina, seja em relação a terceiros (*v. pontos 84 e ss. do Ac.*).

<sup>14</sup> V. “Exposição de motivos da proposta”.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

A necessidade duma reforma na legislação europeia dos contratos públicos foi sublinhada, em 2010, em diversos documentos oficiais<sup>16</sup> que culminaram com o anúncio, pelo Ato para o mercado Único<sup>17</sup>, em abril de 2011, de que até ao final do ano seriam apresentadas propostas para a modernização da legislação nessa matéria.

O PE, no seu *Relatório relativo à modernização no domínio dos contratos públicos*<sup>18</sup>, erigiu como principais objetivos da reforma o aumento da clareza jurídica, o aproveitamento de todo o potencial dos contratos públicos, a simplificação das regras e flexibilização dos procedimentos, a facilitação do acesso ao mercado por parte das PME e o combate à corrupção. Tais objetivos vieram, de facto, a ser considerados pela Comissão na Proposta, que define como prioridades o desenvolvimento duma economia baseada no conhecimento e na inovação, hipocarbónica, competitiva, dotada de elevada empregabilidade e que assegure a coesão social e territorial<sup>19</sup>. Por outro lado, reconhecendo que os contratos públicos são um expediente valioso para alcançar estas ambiciosas metas, a Comissão sublinha a necessidade de promover a prossecução de políticas sociais por seu intermédio, aumentando a eficiência da despesa pública<sup>20</sup>.

Em suma, perante a evidência de que o Estado tem de comprar, pois não consegue prover por si próprio todas as necessidades subjacentes ao interesse público pátrio, do qual é curador, que o faça de forma eficiente, otimizando a relação custo-benefício nas suas aquisições.

O caminho para atingir o ponto ótimo da eficiência da despesa nas aquisições públicas (*BVfM*) é, de um passo, como já dissemos *supra*, aumentar as hipóteses de escolha, ou seja, o número de participantes nos procedimentos de contratação pública, e, de outro, permitir às entidades adjudicantes o uso de expedientes legislativos suficientemente flexíveis, desburocratizados e que garantam um maior controlo do comportamento dos concorrentes. Com efeito, a existência de uma concorrência efetiva – palavra de ordem das Diretivas de 2004 e também da Proposta – é meio caminho andado para o alcance da almejada eficiência da despesa pública: quanto menos entraves à entrada no mercado dos contratos públicos, mais alargado será o leque de

---

<sup>16</sup> Entre os quais se destacam a Comunicação da CE *Estratégia Europa 2020 – Uma nova estratégia para o mercado único* e a Resolução do Parlamento Europeu sobre novos desenvolvimentos na adjudicação de contratos públicos.

<sup>17</sup> COM(2011) 206 final.

<sup>18</sup> A7-0326/2011, de 5.10.11.

<sup>19</sup> V. “Exposição de motivos da proposta”.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

escolha que se apresenta ao comprador público; quanto menos forem as condutas ilícitas, vantagens indevidas e outro tipo de problemas concorrenciais, maior será a garantia e a confiança de que a escolha pública é a melhor escolha.

Porém, esta equação não é linear. Não podemos olvidar que o campo de aplicação do direito da contratação pública se restringe a uma certa parte da procura num determinado mercado – a que é levada a cabo pelo comprador público –, e, na medida em que este interage com outros agentes que desenvolvem atividades não reguladas, configura uma potencial fonte de distorções (GRAELLS, 2011: 59).

Para a ocorrência destas distorções concorre a circunstância de o direito da contratação pública ser dotado de regras especificamente vocacionadas para a proteção da concorrência, *maxime* a exigência de publicidade e transparência dos procedimentos, que, paradoxalmente, potenciam comportamentos anticoncorrenciais dos *players* envolvidos<sup>21/22</sup>. Isto porque, como defendem SIMONE/ZANETTINI (2007: 121), o contrato público, “[n]ell’ottica degli aspiranti contraenti (...) rappresenta soprattutto un bene, un vantaggio economico di cui l’amministrazione può disporre a favore di un soggetto oppure di un altro.”

Com efeito, como bem salienta GRAELLS (2009: 3), a contratação pública pode afetar negativamente a estrutura dos mercados, especialmente daqueles em que o Estado é o principal (mas não o único) comprador<sup>23</sup>, provocando aquilo que na ciência económica se designa de “market failure”<sup>24</sup>, *i.e.*, distorções que afetam o equilíbrio do

---

<sup>21</sup> O efeito paradoxal destas e de outras regras reside no facto de serem instituídas tendo em vista a prevenção da corrupção e de outras práticas suscetíveis de falsear a concorrência, todavia, acabam por ter efeitos indesejados a um outro nível, na medida em que, facilitando a comunicação e a divulgação de dados entre/dos operadores económicos, potenciam a adoção de estratégias colusivas. Assim, tanto o legislador comunitário como as entidades adjudicantes nacionais devem tentar balancear os efeitos positivos e negativos neste âmbito, evitando medidas excessivas de transparência (*v.g.* divulgação da identidade dos concorrentes) – OCDE (2010); GRAELLS (2009: 13-6).

<sup>22</sup> Consciente deste efeito paradoxal, ainda que abordando o problema da perspectiva do abuso de poder das entidades adjudicantes, P. GONÇALVES (2012) defende “a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública”. Também PESSANHA/D’OLIVEIRA MARTINS/RODRIGUES (2008: 173) sublinham a importância de “saber como harmonizar a aplicação do Código (...) com problemas jus-concorrenciais que possam surgir”.

<sup>23</sup> GRAELLS (2009: 3) denomina-os de “publicly-dominated markets”, nos quais os operadores privados, por assumirem menor relevo, são designados de “fringe buyers”.

<sup>24</sup> Até ao final dos anos 70 do século passado, a ciência económica não concebia a existência de falhas de mercado, pois o entendimento professado na época era o de que os mercados funcionavam em condições de perfeita concorrência e sem economias de escala. A mudança de paradigma ocorreu com o trabalho desenvolvido por um grupo de economistas, uns, especialistas em comércio internacional, outros em falhas de mercado e concorrência imperfeita (“the industrial organisation economists”). O resultado desta parceria foi a construção de modelos económicos mais ajustados à realidade dos mercados, abrindo espaço para a consideração de que a intervenção do Estado no mercado poderia ser exercida em prol da nação (AUDRETSCH, 1989: 7-8).

mercado, seja ao nível dos preços<sup>25</sup> – levando, conseqüentemente, à redução do bem-estar social (GRAELLS, 2009: 7-9; INDERST/VALLETTI, 2011: 18) –, seja potenciando a adoção de práticas colusivas ou a efervescência de outros efeitos negativos<sup>26</sup>.

É deste paradoxo (de um lado, a importância que os contratos públicos têm na promoção da concorrência, agitando o mercado, contribuindo para o aumento do emprego e para a sustentabilidade da economia, e, do outro, a suscetibilidade do mercado ao poder do comprador público e conseqüente emergência de *market failures*) que surge a necessidade de regular a contratação pública, cabendo ao legislador definir os expedientes adequados a garantir que o “public power buyer”<sup>27</sup> não é exercido de forma a distorcer a concorrência ou a afetar a eficiência dos mercados (OFT, 2009: 39).

Tecidas estas considerações introdutórias, dediquemos algumas linhas à explicação do conceito de mercado da contratação pública.

---

Especificamente sobre o conceito de falhas de mercado, v. BATOR (1958: 351-79), STIGLER (1971), TANZI (1998) e TREPTE (2004: 111-8).

<sup>25</sup> A distorção dos preços pelo comprador público pode ter várias causas, v.g., em situação de quase-monopsonio ou num mercado em que o principal comprador é o Estado, este poderá assumir um comportamento idêntico ao de um comprador privado dominante (oligopólio), tabelando o nível dos preços (“price setter”), devido ao seu poder de compra, verificando-se, em conseqüência, uma redução dos preços (GRAELLS, 2009: 5).

Pode também ocorrer a situação inversa, i.e., o aumento do nível dos preços em geral, embora o custo da aquisição pública seja inferior ao preço cobrado aos compradores privados, pois, se o Estado adquire em grandes quantidades, é natural que o preço correspondente a essa aquisição seja menor do que aquele que é normalmente praticado pela venda de uma só unidade. Assim, os fornecedores podem ter a necessidade de compensar os grandes descontos feitos ao comprador dominante pelo aumento dos preços praticados relativamente ao comprador comum. A doutrina apelida este fenómeno de “waterbed effect” (BUNDESKARTELLAMT, 2008: 3; INDERST/VALLETTI, 2011).

O oposto verifica-se nos mercados de concorrência pura ou perfeita, pois, devido ao elevado número de fornecedores de um dado produto ou serviço, nenhum deles tem influência suficiente para desenvolver “price leadership”, verificando-se o mesmo do lado da procura, na medida em que não existe um comprador dominante, e, como tal, nenhum pode atuar como “price setter”, pelo que a situação é de homogeneidade na procura (HAVEMAN/KNOPF, 1981: 26, 215).

Cumpre esclarecer que a posição dominante não configura, *per se*, uma conduta anticoncorrencial, como já foi diversas vezes afirmado pelo TJ (Acs. 322/81, de 9.11.83, C-395/96 e C-396/96, de 16.3.00). PAZ FERREIRA (2008) refere, a este propósito, que “não se trata de proibir a situação de posição dominante, mas apenas as utilizações abusivas que a ela podem estar ligadas quando se traduzam em falsificações da concorrência”.

<sup>26</sup> Para uma análise dos mecanismos de combate às práticas anticoncorrenciais, mormente a cartelização, previstos nas Propostas, v. GRAELLS (2012).

<sup>27</sup> Servimo-nos da expressão usada por GRAELLS (2009).

## 1.2 O conceito de mercado da contratação pública

Dissemos já que as regras que conformam o direito da contratação pública têm um cariz regulatório e que a sua dimensão económica é inquestionável. Estas afirmações sustentam-se no facto de que sempre que o Estado recorre ao mercado para prosseguir as suas atribuições está a interferir numa estrutura que lhe é alheia. E é-o porque, desde tempos imemoriais, e não obstante a rigidez da separação sociedade-Estado ter sofrido alterações ao longo da História, aquele visa realizar o bem comum, prosseguindo o interesse público; já o mercado, situado dentro da esfera da sociedade, é regido pelo interesse privado, cuja ambição é a obtenção de lucro. Ora, a entrada do Estado no mercado, personificada num concreto comprador público – a entidade adjudicante – dá-se pela abertura de um procedimento de direito público tendente à adjudicação de um contrato.

Mas que mercado é este? A resposta a esta questão implica a consideração de várias premissas.

Antes de mais, esclareça-se que existem diferentes tipos de mercados, havendo, no entanto, um “espaço” – no qual cabem esses vários tipos (mercados regulados e não regulados; mercados exclusivos, dependentes, comerciais e privados; e, dentro de cada um destes, subtipos de mercado, consoante o produto comercializado, *v.g.* mercado da construção civil, mercado dos sistemas de informação) – genericamente designado pela teoria económica de “mercado”, e entretanto importado para a linguagem comum<sup>28</sup>. Este conceito amplo de mercado “ricomprende qualsiasi âmbito all’ interno del quale avviene l’ incontro tra la domanda e l’ offerta di beni e servizi, nonché dove si realiza lo scambio di questi”<sup>29</sup>.

Servir-nos-emos, pois, ao longo da presente dissertação, deste conceito de mercado para dar vida à ideia do Estado que “vai às compras” a um “mercado” onde outros sujeitos (privados) também recorrem com o mesmo desígnio, ainda que movidos por interesses diversos. Imageticamente, podemos dizer que o mercado é o espaço onde se localiza a “oferta”, ao qual o comprador se desloca (“procura”) para suprir certas

---

<sup>28</sup> “De uma forma geral, os mercados podem ser entendidos como um mecanismo através do qual os compradores e os vendedores podem determinar os preços e trocar bens e serviços.” (SAMUELSON/NORDHAUS: 2005).

<sup>29</sup> POLICE (2007: 5).

necessidades (de interesse público, no caso do Estado; de interesse privado, no caso dos privados).

Assim, o procedimento pré-contratual público é o expediente que lança o Estado no mercado, mas é mais do que isso.

Com efeito, a decisão de abertura de um procedimento tem sempre em vista a aquisição de um determinado bem *no mercado*. Sucede que, quando a entidade adjudicante manifesta a intenção de adquirir esse bem, há de ter sempre em vista um dado *mercado relevante*<sup>30</sup> (v.g. no caso de uma prestação de serviços informáticos, o mercado dos sistemas de informação; no caso de uma empreitada de obra pública, o mercado da construção civil), podendo, pois, dizer-se que quando o procedimento é lançado é dirigido a um círculo específico de operadores – os potenciais fornecedores do bem procurado. A este mercado relevante, situado dentro daquele a que nos referimos no parágrafo anterior, muito mais amplo, damos o nome de *mercado da contratação pública em sentido amplo*.

Contudo, as exigências e o circunstancialismo do concreto procedimento acabam por reduzir este mercado, composto abstratamente pelo universo de potenciais adjudicatários, transformando-o num mercado mais restrito, no seio do qual se situa a escolha pública, pois é perante a *amostra concorrencial* por ele constituída que a entidade adjudicante desenvolverá a análise e avaliação das propostas e, por conseguinte, onde encontrará o adjudicatário. Este é o *mercado da contratação pública*

---

<sup>30</sup> Note-se que o conceito de mercado relevante por nós usado não se confunde com o do direito da concorrência. Esse é um conceito dotado de uma elevada tecnicidade, pois que a aplicação das normas de direito da concorrência implica a prévia definição daquele que é, em cada caso, o mercado relevante, *i.e.*, o mercado “actual ou potencialmente afectável por efeitos anticoncorrenciais” (P. FREIRE, 2009: 469). Empregamos, portanto, a palavra “relevante” no sentido corrente do termo, pretendendo significar que o mercado que interessa (= relevante) à entidade adjudicante em cada procedimento pré-contratual é o mercado no qual se transaciona o bem ou o serviço objeto da demanda. De modo diverso, para o direito da concorrência, o mercado relevante é definido do ponto de vista do mercado do *produto* e do mercado *geográfico*, importando saber, então, quais os produtos ou serviços sobre os quais vai recair a análise de mercado, e, ainda, a área geográfica em que as empresas em causa atuam (COM, 97/C 372/03). Como é bom de ver, o direito dos contratos públicos não se compagina com a existência de procedimentos adjudicatários incidentes apenas sobre certos mercados, geograficamente delimitados, valendo neste campo a regra da universalidade, ancorada no princípio da igualdade, na vertente da não discriminação (em razão da nacionalidade, ou, mais amplamente, da localização geográfica).

É interessante tomar nota do pensamento de C. VIANA (2013: 67), que concebe a existência dum “«mercado relevante» do Direito Europeu dos Contratos Públicos”, no qual engloba “todos os contratos públicos que consubstanciam transações económicas com impacto no mercado interno”. No entanto, tal como decorre do que expusemos *supra*, o sentido que atribuímos à expressão “mercado relevante” não converge com o da autora, apresentando como denominador comum apenas a utilização do qualificativo “relevante” na sua aceção literal.

Salientando as implicações do conceito económico de mercado relevante na contratação pública, para efeitos de aplicação do art. 30.º da Diretiva 2004/17, M. PINA (2013).

*em sentido estrito*, constituído pelos operadores económicos que foram admitidos a apresentar propostas, que, como veremos, são os concorrentes que possuem os requisitos gerais de acesso, e, em caso de procedimento com fase de qualificação, também os requisitos específicos (de qualificação).

O motivo pelo qual nem todos os operadores económicos que atuam no mercado onde é comercializado o bem que a entidade adjudicante visa adquirir (mercado relevante) farão parte do universo concorrencial assenta em duas ordens de razões. Primeiramente, no facto de que nem todos se mostram interessados na demanda pública, e, em segundo plano, no facto de que nem todos os que revelam interesse preenchem os requisitos gerais e/ou – quando exigidos – os requisitos específicos.

Ou seja, dentro do mercado relevante (mercado da contratação pública em *sentido amplo*) para um específico procedimento pré-contratual público surgirá um mercado – criado *ex novo* pela entidade adjudicante em face do procedimento *in casu* –, no qual se desenvolverá a disputa pela adjudicação (mercado da contratação pública em *sentido estrito*), formado pelos operadores económicos que reúnem os requisitos gerais e, se se tratar dum procedimento com qualificação, também os específicos.

Dito isto, uma conclusão afigura-se inevitável: existirão tantos mercados da contratação pública em sentido estrito quantos os procedimentos que forem abertos pela Administração.

Desenhada a estrutura do mercado da contratação pública, estamos agora em posição de passar à fase seguinte: a teorização dos seus vários tipos/modelos.

### **1.3 Os vários tipos de mercados da contratação pública**

Por forma a melhor compreender os expedientes regulatórios que operam no mercado que releva para a escolha do comprador público, é útil fazer uma breve referência taxonómica aos tipos de mercados em que aquele se move.

Refira-se, desde já, que não acolhemos a conceção económica tradicional que defende a existência do binómio mercados públicos/mercados privados, cujo principal critério distintivo assenta na natureza do interesse subjacente à demanda: se for público,

o mercado é público; se for privado, o mercado é privado<sup>31</sup>. Esta teoria, de jaez dualista, é incompatível com a realidade em que o Estado atua enquanto comprador, e apenas pode ser aceite num cenário de monopsonio público. Senão, vejamos: num mercado em que o Estado é o único comprador (monopsonio), não existe concorrência do lado da procura e, por esse efeito, o mercado é público por natureza; isso acontece, *v.g.*, na aquisição de material bélico ou de sinais de trânsito, pois tanto a defesa nacional como a regulação do trânsito são matérias reservadas em absoluto à competência do Estado.

Já no que concerne às obras públicas, sendo certo que competem em exclusivo ao Estado, não se pode dizer que este seja o único comprador no mercado da construção civil, pois também os privados (pessoas singulares ou empresas) procuram esses serviços. O mesmo se diga dos casos em que o Estado adquire bens/serviços que apenas de forma mediata irão prosseguir finalidades de interesse público (*v.g.* aquisição de material de escritório).

Ora, neste caso, o mercado a que o Estado recorre para satisfazer as suas necessidades não é um mercado público no sentido a que se aludiu *supra*; no entanto, também não é rigoroso classificá-lo como privado, pois se é público o mercado em que o Estado é o único comprador, será privado o mercado em que só figurem compradores privados. Daqui resulta que existirão outras configurações de mercado, que permitam, ao lado do já referido mercado público (puro), caracterizar os diferentes tipos de mercado em que a contratação pública influi. Neste particular, seguimos a taxonomia proposta por GRAELLS (2011: 37), baseada em quatro critérios: situação regulatória dos mercados (*i*), importância relativa do comprador público em cada mercado (*ii*), considerações temporais relevantes (*iii*) e dimensão geográfica do mercado (*iv*). Atendendo à economia desta dissertação, e mormente ao seu objeto, ater-nos-emos somente nos dois primeiros critérios enunciados, que se revelarão de grande utilidade para a nossa análise.

### ***i*) Situação regulatória dos mercados**

Segundo o autor, podemos distinguir entre mercados *regulados* e *abertos*, consoante sejam, ou não, mercados sujeitos a uma intervenção regulatória específica, como é o caso, *v.g.*, dos designados “setores especiais”, mas também, entre outros, das telecomunicações e das obras públicas. Assim, quando os mercados são abertos, temos

---

<sup>31</sup> Apontando este e outros critérios, BOVIS (2004: 291).

dois níveis (principais) de regulação: o direito da contratação pública e o direito da concorrência. Por outro lado, nos mercados de setores regulados é possível identificar uma sobreposição regulatória em três camadas: o direito da concorrência, o direito da contratação pública e o direito regulatório específico desse setor. Em tais mercados, estas três esferas normativas coexistem e têm de se adaptar às especificidades de cada uma, podendo, no entanto, ocorrer algumas incompatibilidades.

Por nossa parte, vamos ligeiramente mais longe: consideramos que o mercado dos contratos públicos está sujeito a uma verdadeira “*regulação em cascata*”, independentemente de o procedimento de formação do contrato surgir no quadro de um mercado regulado ou aberto.

Pois bem. Num primeiro plano, encontramos o *nível normativo*, no qual surgem, além das regras do *direito da contratação pública*, necessariamente aplicáveis aos procedimentos adjudicatórios, as regras do *direito da concorrência*, na medida em que, como já se disse, a contratação pública configura um terreno especialmente fértil à proliferação de condutas anticoncorrenciais (destacaremos em local próprio o papel desempenhado pela AC nestes casos). Ainda neste nível, poderá existir – se estivermos perante um mercado regulado – *regulação setorial*, relativamente à qual haverá que fazer um esforço de compatibilização com aqueles outros dois universos normativos.

No *plano regulamentar* é incontornável a *regulação que a entidade adjudicante exerce* no mercado por si criado, *ex novo*, em cada procedimento adjudicatório. É que, ao elaborar um certo procedimento, definindo as especificações técnicas e os fatores e subfatores do critério de adjudicação, a entidade adjudicante está, também ela, a regular o mercado. Esta é, claramente, uma regulação de maior proximidade comparativamente à que é traçada pelo legislador, contanto que é específica para cada mercado, *rectius*, procedimento pré-contratual. Quer isto dizer que, ao definir certas especificações técnicas, e ao optar por um determinado fator/subfator do critério de adjudicação ao invés de outro, e, bem assim, ao fixar os requisitos de capacidade técnica e financeira, nos procedimentos com qualificação, a entidade adjudicante está a delimitar o perímetro do mercado (amostra concorrencial) suscetível de entrar nesse concreto procedimento.

Por fim, assume relevância fundamental no universo da contratação pública a *função desempenhada pelo TdC*, a qual será abordada mais adiante.

## ii) **Importância relativa do comprador público**

Através deste critério, GRAELLS distingue entre *mercados exclusivos, dependentes, comerciais e privados*.

Os primeiros correspondem ao modelo de monopólio do Estado; são, portanto, mercados públicos puros ou autênticos. Tais situações de monopólio público podem ter como causa circunstâncias factuais, regulatórias ou, ainda, inerentes ao bem/serviço transacionado<sup>32</sup>. Estes mercados são residuais, uma vez que a maioria dos bens ou serviços procurados pelo Estado junto de operadores privados estão disponíveis nos mercados ditos comuns, ou seja, onde encontramos outros atores do lado da procura.

Os *mercados dependentes* são aqueles em que o comprador público assume uma expressão altamente significativa e, por conseguinte, a sua dinâmica é fortemente influenciada pelo poder de mercado daquele. Neste cenário, de dependência das compras públicas, o mercado torna-se vulnerável face às suas variações, quer de volume, quer de frequência, gerando-se um terreno fértil para a ocorrência das já referidas *market failures*.

Num segmento intermédio ou mitigado, situam-se os *mercados comerciais*, caracterizados pela inexistência de qualquer preponderância, quer do comprador público, quer dos compradores privados<sup>33</sup>. Trata-se de mercados aos quais recorrem tanto os particulares como a Administração, já que assim o permite a natureza dos bens e serviços transacionados (v.g. produtos de informática, material de escritório, serviços de limpeza).

Por último, nos antípodas dos mercados exclusivos estão os mercados privados, nos quais as compras públicas são tão residuais que assumem um carácter verdadeiramente excepcional (v.g. produtos de luxo).

Partilhando nós da categorização taxonómica de GRAELLS quanto aos conceitos hodiernos de mercado da contratação pública, percebe-se a razão pela qual rejeitamos a tradicional dicotomia mercados públicos/mercados privados, se aplicada ao direito da

---

<sup>32</sup> Contudo, GRAELLS (2011: 40) explica que, na maioria dos casos, a causa do monopólio é exterior ao produto, já que, na ausência de qualquer regulação, o mesmo poderia ser livremente transacionado. Efetivamente, se pensarmos no exemplo que demos *supra*, relativo à aquisição de material bélico ou de sinais de trânsito, concluímos que tais mercados têm, necessariamente, de ser mercados públicos puros, pois só o Estado pode declarar guerra e estabelecer as regras do trânsito.

<sup>33</sup> O autor adverte para a possibilidade de também nestes mercados a atividade do comprador público poder assumir relevância significativa, casos em que se torna mais difícil a distinção entre estes e os mercados dependentes – GRAELLS (2011: 42).

contratação pública: aceitá-la significaria apadrinhar a tese segundo a qual todos os mercados em que o Estado faz as suas compras são mercados públicos. Ora, isto não pode ser tido como verdadeiro, pois aquele recorre, as mais das vezes, a mercados abertos aos privados.

## PARTE II – A REGULAÇÃO DO MERCADO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

*Although there may be particular contingent reasons for creating independent agencies, their responsibilities are shared with government and other bodies and may overlap in a complex 'regulatory space'.*

PROSSER (2010: 5)

*La difficoltà di coordinare l'azione funzionale degli organismi preposti alla tutela della concorrenza o a compiti di vigilanza nei diverse settori di mercato è indubbiamente rilevante.*

POLICE (2007: 69)

### 2.1 Primeiro nível: normativo-regulamentar. A formação do mercado da contratação pública

Quando explicámos a estrutura do mercado da contratação pública, dissemos que, de entre os fornecedores que operam no mercado relevante para um determinado procedimento, nem todos entrariam no mercado da contratação pública propriamente dito, ou seja, naquele mercado, de círculo mais fechado, criado *ex novo* pela abertura do procedimento (o mercado da contratação pública em sentido estrito). E isso é assim, dissemo-lo, porque, por um lado, nem todos manifestam interesse em responder ao apelo da Administração e, por outro, porque dos que o manifestam, alguns não cumprem os requisitos gerais ou específicos para aquele concreto procedimento.

Trataremos neste ponto de ver que requisitos gerais e específicos são esses, mas não sem antes explicarmos a diferença entre uns e outros.

#### 2.1.1 Participação procedimental: requisitos gerais *v.* requisitos específicos

Os requisitos gerais de entrada no mercado da contratação pública são, além da capacidade para contratar, os referidos no art. 81.º do CCP<sup>34</sup>, epigrafado de *habilitação*

---

<sup>34</sup> Todas as disposições legais citadas, sem referência em contrário, pertencem ao CCP.

– expressão sugestiva, na medida em que quem não possuir tais requisitos não se encontra habilitado a entrar na corrida pela adjudicação – e correspondem, *grosso modo*, na terminologia comunitária, à “situação pessoal do candidato ou proponente”<sup>35</sup>. Estes requisitos são gerais, porquanto a sua verificação é exigida independentemente do tipo de procedimento e do contrato cuja celebração se visa<sup>36</sup>, e consubstanciam-se na *inexistência dos impedimentos* elencados no art. 55.<sup>37</sup> e na apresentação dos documentos comprovativos da titularidade de habilitações, quando exigidos, nos termos do art. 81.º/6/8.

Tratando-se dum procedimento de formação de contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, exige-se a posse de alvará adequado à obra a realizar; no caso de contratos de locação, de aquisição de bens móveis ou de serviços, a apresentação do certificado de inscrição em lista oficial de fornecedores de bens móveis ou de prestadores de serviços<sup>38</sup>.

A habilitação traduz-se, em suma, numa “comprovação essencialmente negativa (...), eventualmente acrescida de uma certificação positiva, sem qualquer emissão de um juízo valorativo, da titularidade por parte do adjudicatário dos requisitos que o habilitam ao exercício de uma profissão ou atividade” (A. G. MARTINS, 2008: 239-40).

Uma breve palavra comparativa entre o CCP e a Diretiva 2004/18.

A “situação pessoal do candidato ou proponente” a que se refere a Diretiva insere-se, juntamente com a “habilitação para o exercício da atividade profissional”, a “capacidade económica e financeira” e a “capacidade técnica e/ou profissional”, na S. 2 do Cap. VII, sob a epígrafe “critérios de seleção qualitativa”.

Por seu turno, no CCP, a habilitação corresponde, em traços gerais, aos critérios de aferição da “situação pessoal do candidato ou proponente” previstos na Diretiva, contemplando, adicionalmente, a possibilidade de nesta fase ser exigida prova da

---

<sup>35</sup> Art. 45.º da Diretiva 2004/18.

<sup>36</sup> Art. 81.º/1.

<sup>37</sup> A inexistência de impedimentos atesta-se mediante a apresentação, pelo adjudicatário, de uma declaração sob compromisso de honra em como não se encontra em estado de insolvência, de liquidação ou de cessação da atividade (ou situação análoga), nem foi objeto de sanção administrativa por falta profissional grave (art. 81.º/1-a)). Relativamente aos impedimentos das als. *b*, *d*, *e* e *i* do art. 55.º, o adjudicatário deve apresentar documentos que ofereçam prova de que não se encontra nas situações contempladas naqueles preceitos (art. 81.º/1-b)).

<sup>38</sup> Art. 81.º/2/4.

habilitação para o exercício da atividade profissional<sup>39</sup> e dos requisitos indispensáveis de capacidade técnica<sup>40</sup>.

A fase de “seleção qualitativa” prevista na Diretiva é, pois, de espectro mais largo que a fase de habilitação consagrada no CCP. É que no CCP só há “seleção qualitativa” (= qualificação dos operadores) em alguns procedimentos – concurso limitado por prévia qualificação, diálogo concorrencial e procedimento de negociação –, pois o legislador português optou por fazer uma separação entre a fase de habilitação e a de qualificação. Assim, a *habilitação* (exigida formalmente a todos os participantes, mas apenas verificada relativamente ao adjudicatário) é obrigatória em qualquer procedimento, enquanto a *qualificação* (ou seleção qualitativa), compreendendo a avaliação efetiva da capacidade técnica e financeira dos candidatos, apenas tem lugar nos procedimentos *supra* identificados.

Mas veremos esta e outras questões conexas com mais detalhe em momento oportuno.

Dissemos que apenas os operadores que preenchem os requisitos gerais (ou de habilitação) podem entrar no mercado da contratação pública – o que não é uma verdade rigorosa, ou não o é em termos materiais. Vejamos porquê.

Estabelece o art. 44.º/1 da Diretiva 2004/18 que “[o]s contratos são adjudicados com base nos critérios estabelecidos (...), *após verificada a aptidão dos operadores económicos* (it. nosso)”. Por contraposição, da leitura dos arts. 77.º/2-a) e 81.º do CCP resulta que a observância dos requisitos de habilitação só será verificada em relação ao adjudicatário, o que significa que o legislador português inverteu a ordem estabelecida na Diretiva, permitindo a adjudicação sem a prévia verificação da aptidão dos operadores económicos. Ora, se assim é, pode acontecer que nem todos os participantes em procedimentos de formação de contratos públicos estejam habilitados para contratar com a Administração, já que a habilitação só será efetivamente verificada quanto ao adjudicatário.

Esta opção do legislador nacional traz ganhos significativos na simplificação e na celeridade do procedimento, mas pode, no limite, culminar com a adjudicação do

---

<sup>39</sup> Quando exigida pelo programa do procedimento ou sempre que solicitada pelo órgão competente para a decisão de contratar.

<sup>40</sup> Nos procedimentos de formação de contratos de empreitada ou concessão de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.

contrato a um operador relativamente ao qual não estão reunidos os requisitos gerais de participação. Claro que o facto de a ordem jurídica sancionar essa situação com a caducidade da adjudicação<sup>41</sup>, e, ainda, com a aplicação de uma coima<sup>42</sup>, terá, certamente, um efeito dissuasor da participação em procedimentos adjudicatórios por quem não possua os requisitos gerais de acesso ou, por meio de artifícios, aparente possuí-los.

Tanto na fase de qualificação como na da análise das propostas, o júri pode propor a exclusão das candidaturas/propostas que sejam apresentadas por candidatos/concorrentes em violação do art. 54.º/2 ou relativamente aos quais tenha conhecimento de que se encontram impedidos nos termos do art. 55.º<sup>43</sup>. Com efeito, não faz sentido que se mantenham certos operadores no procedimento se, já na fase de análise, seja das candidaturas, seja das propostas, a entidade adjudicante tiver conhecimento de que os mesmos não estão habilitados. M. E R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2011: 943) sublinham que tal conhecimento terá de ser “oficial e autenticado, fundado em comunicação escrita, ‘timbrada’ e assinada por quem de direito”, excluindo-se, assim, a mera suspeita ou “rumor”.

Pelo que foi dito nos parágrafos precedentes torna-se forçoso concluir que, materialmente, os operadores económicos podem entrar no mercado dos contratos públicos *stricto sensu* mesmo sem estarem habilitados para tal, *i.e.*, sem possuírem os requisitos gerais de acesso. Contudo, em termos práticos, sendo o contrato nulo devido à caducidade da adjudicação na ausência de habilitação, é como se o adjudicatário nunca tivesse entrado no procedimento e, portanto, ao menos formalmente, a habilitação configura o pressuposto mínimo de entrada no mercado dos contratos públicos.

Ainda que a imparcialidade e a transparência da verificação da habilitação do adjudicatário estejam asseguradas, na medida em que esta está sujeita ao escrutínio dos

---

<sup>41</sup> Nos termos do art. 86.º/1, a adjudicação caduca se, *por facto que lhe for imputável*, o adjudicatário não apresentar os documentos de habilitação no prazo fixado, caso se trate de documentos complementares para efeitos de comprovação da titularidade das habilitações, ou, ainda, se estiverem noutra língua que não a portuguesa (ou sem tradução devidamente legalizada). Quando o facto não for imputável ao adjudicatário, o 86.º/3 estabelece o dever de fixação de um prazo suplementar, findo o qual a adjudicação caducará. Por sua vez, o art. 87.º prevê a caducidade da adjudicação quando ocorra a falsificação dos documentos de habilitação ou a prestação culposa de falsas declarações. Por remissão expressa daquela norma, aplica-se a tais situações o regime disposto no art. 86.º/3. Note-se que independentemente da natureza da circunstância que fundamenta a caducidade da adjudicação, o órgão competente para a decisão de contratar deve adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente, nos termos do art. 86.º/4 e 87.º.

<sup>42</sup> Arts. 456.º-a), b), c) e d).

<sup>43</sup> Arts. 146.º/2-b) e c) e 184.º, b) e c).

outros participantes<sup>44</sup>, a opção do legislador pode ser questionada do ponto de vista da sua conformidade com o direito comunitário, desde logo por ir contra o preceituado na Diretiva 2004/18, mas também contra o que tem vindo a ser jurisprudencialmente gizado pelo TJ<sup>45</sup>. Partilhamos, contudo, da opinião de C. VIANA (2010: 159) face a esta aparente desconformidade da legislação nacional relativamente à Diretiva: “a solução (...) não viola o direito comunitário se centrarmos a questão não tanto na tramitação do procedimento (...), mas antes (...) na salvaguarda dos objectivos e finalidades que se pretendem alcançar com a avaliação da aptidão dos operadores económicos.”

Considerando, porém, as mudanças que se vislumbram no horizonte da contratação pública à escala comunitária, em breve esta questão deixará de se colocar, pelo que se dúvidas ainda houver quanto à conformidade da lei portuguesa com a Diretiva neste particular, as mesmas dissipar-se-ão.

Com efeito, o art. 57.º/1 da Proposta, sob a epígrafe “*European Single Procurement Document*”<sup>46</sup> (ESPD), prevê que as entidades adjudicantes aceitem, a título de prova preliminar<sup>47</sup>, declarações dos operadores económicos<sup>48</sup> em como: não se encontram em situação que configure impedimento ou causa de exclusão do

---

<sup>44</sup> Que, nos termos do art. 85.º, são notificados, pelo órgão competente para a decisão de contratar, da apresentação dos documentos de habilitação pelo adjudicatário, sendo-lhes facultada a consulta dos mesmos em plataforma eletrónica.

<sup>45</sup> V. Acs. *Beentjes*, de 20.9.88, P. 31/87, *Gesellschaft*, de 19.6.03, P. C-315/01 e *Lianakis*, de 24.1.08, P. C-532/06, nos quais se sublinha a importância da distinção entre as regras que regem a fase de seleção qualitativa dos participantes e as que regem a fase de avaliação das propostas, não obstante as Diretivas não excluïrem que, “teoricamente”, a avaliação dos participantes e a avaliação das propostas possa ocorrer em simultâneo. Sobre a problemática desta distinção, v., entre outros, BRAUN (2003), KOTSONIS (2010: 4), TREUMER (2011) e PETERSEN (2011). Na jurisprudência nacional, v. Acs. TdC de 12.7.11, P. 1833/10, e TCAN, de 12.10.12, P. 371/11.3BEBRG.

<sup>46</sup> Este documento consistirá num formulário normalizado, nos termos a estabelecer pela CE, que pode ser reutilizado em outros procedimentos posteriores, desde que a informação se mantenha atual – arts. 57.º, pg 3.º da Proposta.

Refira-se que a redação inicial da Proposta previa a consagração de um instrumento algo semelhante a este, o *Passaporte Europeu para os Contratos Públicos* – art. 59.º e Anexo XIII da redação inicial. Seria este um documento normalizado, emitido pelas autoridades nacionais, que todos os operadores económicos interessados em contratar com a Administração deveriam possuir, pois constituiria meio de prova da inexistência de causas de exclusão e, se fosse o caso, da inscrição em registo profissional/comercial. Contudo, o Conselho sugeriu a eliminação do art. 59.º, o que acabou por vingar no *provisional agreement* entre aquele e o PE.

Apesar disso, este *European Single Procurement Document*, que não vinha previsto na redação inicial da Proposta, acaba por ter uma função idêntica à do Passaporte, com a diferença de que este último teria força probatória plena: “The (...) Passport shall be recognised by all contracting authorities as proof of fulfilment of the conditions for participation covered by it and shall not be questioned without justification” – art. 57.º/4 da redação inicial.

<sup>47</sup> Podendo, aliás, a qualquer momento, a entidade adjudicante solicitar a apresentação de documentos – art. 57.º/2 da Proposta.

<sup>48</sup> No caso de recurso a terceiros para preenchimento dos requisitos de capacidade financeira, a informação constante do *European Single Procurement Document* deve ser atinente a esses terceiros (art. 57.º/1, pg. 2.º).

procedimento (1); cumprem os critérios de selecção relevantes definidos pela entidade adjudicante, relativos à habilitação para o exercício da atividade profissional, à capacidade económica e financeira e à capacidade técnica e profissional (2), e cumprem os critérios objetivos estabelecidos pela entidade adjudicante, para efeitos de limitação do número de candidatos qualificados (caso se trate de um procedimento que compreende fase de qualificação) (3).

Antes da adjudicação, a entidade adjudicante solicita ao operador a quem decidiu adjudicar o contrato a apresentação dos documentos de suporte do ESPD mencionados no art. 57.ºa e no Anexo XIV da Proposta, que deverão atestar a validade das declarações nele contidas.

Ora, parece que o nosso legislador foi visionário e antecipou uma solução que em breve será consagrada no direito europeu, tendo em vista uma “simplificação considerável em benefício tanto das autoridades adjudicantes como dos operadores económicos.”<sup>49</sup> Com efeito, também o art. 57.º/1-a) do CCP incluiu na lista de documentos constituintes da proposta<sup>50</sup> uma declaração, cujo modelo consta do seu Anexo I, e que consiste num “compromisso de honra”, pelo qual os operadores se obrigam a executar o contrato em conformidade com o caderno de encargos, e declaram que não se encontram em nenhuma situação passível de configurar um impedimento à luz do art. 55.º (que corresponde, como já vimos, às “causas de exclusão” das Diretivas). Por outro lado, e como já vimos, também apenas em relação ao adjudicatário (se bem que na Proposta não se trata ainda do adjudicatário, mas apenas do operador a favor de quem foi decidida a adjudicação) existe uma comprovação do que é declarado aquando da apresentação da proposta/candidatura.

Contrariamente aos requisitos gerais, os **requisitos específicos** de entrada no mercado da contratação pública só são exigíveis para alguns procedimentos pré-contratuais, daí termos optado pela designação de específicos, por contraposição àquelaoutros, cuja verificação é obrigatória independentemente do tipo de procedimento.

Conforme já aludimos sumariamente, no concurso limitado, no diálogo concorrencial e no procedimento de negociação há lugar a uma fase autónoma de

---

<sup>49</sup> Considerando 32 da Proposta.

<sup>50</sup> Note-se que o art. 55.º/1 da Proposta manda apresentar o ESPD aquando da apresentação das propostas ou das candidaturas.

avaliação *dos operadores económicos*<sup>51</sup> relativamente à fase da habilitação – essa fase é designada de *qualificação*, consistindo na avaliação da(s) capacidade(s) técnica e/ou financeira.

Ora, se designámos os requisitos exigidos para a habilitação de gerais, faz sentido que designemos de específicos os requisitos exigidos para a qualificação dos candidatos, por duas razões. A primeira, já enunciada no penúltimo parágrafo, de ordem objetiva; a segunda, de ordem subjetiva, prende-se com o facto de os requisitos para aferir as capacidades técnica e financeira serem definidos, não pela lei, mas pela própria entidade adjudicante no programa do procedimento<sup>52</sup> – circunstância demonstrativa da especificidade destes requisitos, que atendem à particular configuração do contrato cuja adjudicação se visa.

A qualificação, sendo anterior à apresentação das propostas, assegura à entidade adjudicante que quem quer que venha a ser o adjudicatário terá capacidade para cumprir pontualmente o contrato (ARROWSMITH, 1996: 713). Assim, esta etapa procedimental pode ser entendida como uma fase de “triagem”, que permite selecionar os candidatos aptos a passar à fase seguinte – apresentação de propostas – e entrar, efetivamente, no micro mercado criado pelo procedimento pré-contratual em causa (o mercado da contratação pública *stricto sensu*).

---

<sup>51</sup> Destacamos que a avaliação é dos operadores económicos e não das propostas, que serão avaliadas em sede própria, nos termos dos arts. 70.º e ss, inseridos no Cap. VII do CCP, sob a epígrafe “análise das propostas e adjudicação”. Neste sentido, o art. 75.º/1 preceitua, relativamente ao critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, que “os fatores e os eventuais subfatores que [o] densificam (...) devem abranger todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência (...), não podendo dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes (it. nosso).” Há, portanto, uma clara separação entre as fases de habilitação e (eventual) qualificação dos operadores económicos e a fase de avaliação das propostas, que é, aliás, imposta pelo direito comunitário – v. Acs. TJ, *Bentjes*, P. 31/87, de 20.9.88 e *Lianakis*, P. C-535/06, de 24.1.08, e ARROWSMITH (1996: 506-9, 524-5).

<sup>52</sup> Como já se disse, a habilitação pode compreender uma avaliação da capacidade técnica indispensável – e, em bom rigor, conforme notam C. VIANA (2010: 163, n. 20) e M. RAIMUNDO (2010: 255), em alguns casos, ao menos indiretamente, também da capacidade financeira – nos procedimentos de formação de contratos de empreitada ou concessão de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços e, bem assim, quando a entidade adjudicante exija, no programa do procedimento, a apresentação de certos documentos de habilitação. Neste último caso – em que a apresentação dos documentos deriva de exigência da entidade adjudicante – também não é a lei que define, ou antes, que concretiza quais os documentos que o adjudicatário deve apresentar. Contudo, consistindo a habilitação maioritária e obrigatoriamente na verificação da (in)existência de impedimentos, somos de parecer que não é a mera possibilidade de a entidade adjudicante exigir, *per se*, documentos de habilitação ao adjudicatário – e não qualquer prova atinente a certas capacidades, que implique um juízo de valor sobre as mesmas – que determina a consideração de que tais documentos constituem requisitos específicos propriamente ditos. Com efeito, não obstante essa possibilidade vir a ser efetivada, a verdade é que a apresentação de documentos de habilitação, seja exigida pela lei ou pelo programa do procedimento, não implica mais do que a mera certificação de que o adjudicatário possui certas habilitações, já a prova da(s) capacidade(s) técnica e/ou financeira conduz, necessariamente, à elaboração de um “juízo valorativo (...) sobre a aptidão dos candidatos” (A. G. MARTINS, 2008: 240).

Não obstante as diferenças, brevemente explanadas, entre os requisitos gerais e os específicos, uns e outros têm em comum o facto de materializarem *requisitos concorrenciais de pré-seleção* para ingressar no mercado *stricto sensu: requisitos*, porquanto sem eles a entrada no mesmo está liminarmente excluída; *concorrenciais*, pois a sua (in)observância (in)valida a participação num dado procedimento adjudicatório, existindo, pois, uma certa tensão entre os vários operadores interessados em entrar no mercado, sendo que, aqueles que não preencherem tais requisitos, ao serem excluídos, deixam de representar concorrência para os demais; *de pré-seleção*, porque embora possuam um carácter habilitante, não basta a sua observância para garantir a adjudicação do contrato: a sua verificação apenas atesta a entrada na corrida pela adjudicação.

Esta ideia, pela qual se expressa a vertente concorrencial e (pré-)seletiva dos requisitos de acesso ao mercado da contratação pública, imbrica-se numa outra: a entrada dos operadores económicos no mercado pressupõe uma avaliação prévia da Administração contratante (GIGLIONI, 2008: 235). Ou seja, o momento avaliador não se esgota na escolha do adjudicatário; antes deste existem outros patamares seletivos, aos quais, em bom rigor, inere uma avaliação – ainda que indireta – dos operadores económicos (na fase de acesso ao mercado) e das propostas (na fase de corrida pela adjudicação): nisto consiste a *concorrência para o mercado*.

Como explica GIGLIONI (2008: 235), a seleção dos operadores consiste, nesta fase, em individualizar aqueles que satisfazem os requisitos e as condições previamente enunciadas pela Administração (e pela lei, acrescentamos nós). A final, a escolha da entidade adjudicante deverá refletir esta seleção prévia – ou, mais rigorosamente, prudencial – e, em nome do *BVfM*, a adequação do adjudicatário à prossecução do fim visado pelo contrato em condições o mais favoráveis possível para o interesse público.

## **2.1.2 Requisitos gerais**

### **2.1.2.1 Capacidade para contratar**

A capacidade para contratar é o requisito geral elementar de acesso ao mercado dos contratos públicos, pois que estes, antes de qualquer outra qualificação, são

verdadeiros negócios jurídicos, pelo que as partes contratantes têm necessariamente de possuir este “pressuposto geral de validade”<sup>53</sup>. Trata-se, nas palavras de MOTA PINTO (2005: 195), da “idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações”.

### **2.1.2.2 Inexistência de impedimentos**

O segundo requisito da participação em procedimentos de contratação pública é a inexistência de impedimentos ou – na terminologia das Diretivas<sup>54</sup> – causas de exclusão dos pretendentes candidatos ou concorrentes. Antes de vermos que tipo de impedimentos podem obstar à entrada de um operador económico no mercado dos contratos públicos, impõe-se tecer algumas considerações.

Assim, fazendo uma breve contextualização do tema, há que ter presente que a problemática dos impedimentos se situa no plano das restrições à autonomia contratual da Administração, no vetor da escolha do cocontratante<sup>55</sup>. Com efeito, estamos num campo de restrições legais à entrada de pretendentes a adjudicatário no procedimento de formação do respetivo contrato, circunstância que condiciona a dimensão da amostra concorrencial e, por conseguinte, a escolha da entidade adjudicante.

Debrucemo-nos agora sobre uma questão muito discutida na jurisprudência do TJ – a de saber se as causas de exclusão previstas nas Diretivas<sup>56</sup> são taxativas, ou se, pelo contrário, aos Estados-Membros é lícito estabelecer outras.

Esta questão assumia<sup>57</sup> especial – e dupla – acuidade no nosso ordenamento jurídico, uma vez que nem o impedimento constante da al. *j* do art. 55.º, nem o do art. 54.º/2 – que se trata de um verdadeiro impedimento à participação em procedimentos de adjudicação, não obstante a opção do legislador ter sido a de não o incluir no art. 55.º – figuram no elenco de causas de exclusão previstas no art. 45.º da Diretiva.

---

<sup>53</sup> A expressão é de MOTA PINTO (2005: 411).

<sup>54</sup> Art. 45.º/1/2.

<sup>55</sup> Sobre as restrições ao princípio da autonomia contratual da Administração, v. SÉRVULO CORREIA (1987: 690).

<sup>56</sup> Note-se que os acórdãos do TJ que se debruçaram sobre este tema dizem respeito a questões que se colocam ainda no âmbito das Diretivas anteriores a 2004.

<sup>57</sup> Utilizamos o pretérito imperfeito porque, segundo cremos, a jurisprudência comunitária entretanto assente terá aniquilado as dúvidas que sobre a legitimidade destes preceitos se colocavam.

O TJ tem vindo a sustentar o entendimento de que as causas de exclusão previstas nas Diretivas concernentes à *honestidade profissional, à solvabilidade ou à fiabilidade do interessado* (e apenas estas), que se enquadram na esfera da “idoneidade pessoal dos operadores”, são taxativas (M. E R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2011: 500)<sup>58</sup>. Deste modo, podem os ordenamentos jurídicos nacionais prever outras causas de exclusão, contanto que não sejam reconduzíveis à “idoneidade pessoal (...), honestidade profissional, solvabilidade ou fiabilidade” dos participantes (M. e R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2011: 501; R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2009: 29-30)<sup>59</sup>.

Contudo, o leque de possíveis causas de exclusão que os Estados-Membros podem prever (além, obviamente, das que figuram nas Diretivas) não é infinito, nem, tão pouco, as limitações que se lhes erguem são apenas as relativas às “qualidades profissionais” dos participantes. Com efeito, a previsão de impedimentos não está votada ao livre arbítrio dos legisladores nacionais: segundo a jurisprudência do caso *Michaniki* (n.º 47 do Ac.), “um Estado-Membro pode prever (...) medidas de exclusão destinadas a garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento de todos os concorrentes e da transparência no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos.”

Quanto à obrigatoriedade de transpor para as ordens jurídicas nacionais as causas de exclusão previstas na Diretiva, a mesma só se verifica relativamente às que constam do art. 45.º/1 (atinentes ao histórico criminal dos operadores económicos), cuja assertividade da expressão “fica excluído” não oferece dúvidas quanto à vinculação que daí resulta para os Estados-Membros. Já as causas de exclusão previstas no n.º 2 daquele normativo são de transposição facultativa, tendo o legislador português optado por consagrá-las, *grosso modo*, no art. 55.º.

Feitas estas considerações introdutórias, estamos aptos a passar à fase seguinte: a análise dos impedimentos que vigoram na ordem jurídica portuguesa, consagrados nos arts. 55.º e 54.º/2.

---

<sup>58</sup> V. Acs. *La Cascina*, 9/2/06, P. C-226/04 e C-228/04, *Michaniki*, 16/12/08, P. C-213/07 e *Assitur*, 19/5/09, P. C-538/07. Note-se que nenhum dos Acs. versa sobre as Diretivas de 2004, porém, tal como R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2009: 28) entende, em relação ao caso *Assitur*, que as questões controvertidas não teriam tratamento “sensivelmente diferente” se em causa estivesse o diploma de 2004, consideramos que a jurisprudência que se retira dos três Acórdãos é transponível para o atual quadro legislativo.

<sup>59</sup> Tal como afirmado no n.º 43 do Ac. *Michaniki*.

De acordo com a lição de P. GONÇALVES<sup>60</sup>, é possível identificar três categorias de impedimentos: os relativos à *moralidade e idoneidade profissional* (1), os que dizem respeito à *fiabilidade e credibilidade* (2) e os concernentes à *transparência e igualdade de tratamento* (3)<sup>61</sup>. Seguindo uma sistematização diferente, tendo como critério a interferência, ou não, na igualdade de condições concorrenciais entre os vários participantes, M. e R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2011: 497-9) distinguem, dentro dos impedimentos consagrados no art. 55.º, entre os que são relativos aos valores da seriedade, honorabilidade profissional e solvabilidade sem reflexo nas condições de igualdade de concorrência, e aqueles que podem afetar tais condições, muito embora visem proteger também aqueles valores.

Sendo nosso propósito estudar os impedimentos de entrada no mercado dos contratos públicos genericamente considerado, *i.e.*, sem olhar ao tipo de procedimento, optamos por seguir a sistematização sugerida por P. GONÇALVES. Apesar de à primeira vista parecer existir alguma divergência entre a taxonomia proposta por estes autores, não cremos que de facto ela se verifique, pois que, não obstante a “arrumação” dos impedimentos ser diferente, o pensamento que lhe está subjacente não apresenta diferenças substanciais.

Vejamos, então, em que consiste cada uma das categorias apresentadas por P. GONÇALVES e, em concreto, quais são os impedimentos que lhes correspondem.

### **1) Moralidade e idoneidade profissional**

Nesta categoria enquadram-se os impedimentos que, como a designação permite antever, dizem respeito à conduta dos participantes vista sob o prisma das relações sócio-profissionais e do cumprimento de obrigações legais. Trata-se de comportamentos juridicamente censuráveis, exigindo-se, nuns casos, o seu efetivo sancionamento (penal ou administrativo), enquanto noutros basta a mera inobservância de obrigações legais (dívidas tributárias).

---

<sup>60</sup> Aula de Pós-Graduação em Direito da Contratação Pública (Cedipre), de 21.1.12.

<sup>61</sup> TERESA ARNÁIZ (2008: 6) apresenta-nos uma categorização diferente dos impedimentos, mas igualmente tripartida: os que derivam da comissão de crimes, os relacionados com a violação de certos deveres legais e os que dizem respeito à situação pessoal do candidato ou concorrente, que não oferece confiança do ponto de vista económico.

Deste modo, podemos subdividir esta categoria de impedimentos em três subcategorias: condenações penais, sanções administrativas ou judiciais e dívidas tributárias. Da primeira fazem parte a condenação, por sentença transitada em julgado, por crimes que afetem a honorabilidade profissional (art. 55.º-*b*)), ou qualquer um dos seguintes<sup>62</sup>: participação em atividades de organização criminosa, corrupção, fraude e branqueamento de capitais (art. 55.º-*i*)) – em qualquer destes casos, só existe impedimento se entretanto não tiver ocorrido a reabilitação da pessoa condenada. Na subcategoria das sanções administrativas encontram-se as sanções aplicadas em sede disciplinar por faltas cometidas no âmbito profissional, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação (art. 55.º-*c*)), certas sanções acessórias relacionadas com a participação em procedimentos de adjudicação de determinados contratos públicos, durante o período fixado na sanção (art. 55.º-*f*)), as sanções acessórias aplicadas ao abrigo do art. 562.º do CT (*ex vi* art. 55.º-*g*)) e as sanções administrativas ou judiciais aplicadas, há menos de dois anos, por utilização de mão-de-obra não declarada, legalmente sujeita ao pagamento de impostos e contribuições para a Segurança Social (art. 55.º-*h*)). Por fim, na terceira subcategoria cabem as dívidas à Segurança Social e à Administração Fiscal (art. 55.º-*d*) e *e*)).

## **2) Fiabilidade e credibilidade**

Esta categoria agrupa os casos de insolvência, liquidação, dissolução e cessação da atividade, bem como outras situações análogas, exceto se estiver a ser cumprido um plano de insolvência<sup>63</sup> (art. 55.º-*a*)).

## **3) Transparência e igualdade de tratamento**

A terceira categoria de impedimentos está relacionada com dois princípios estruturantes da contratação pública: o princípio da transparência e o princípio da igualdade de tratamento. Cabem aqui as situações de participação na elaboração das peças do procedimento (art. 55.º-*j*)), de dupla participação (art. 54.º/2), de perpetuação do cocontratante (art. 113.º/2/5) e de proibição de participação de certas sociedades no procedimento (art. 8.º da Lei 64/93, de 26/8).

---

<sup>62</sup> Se em causa estiver uma pessoa coletiva, releva a condenação dos membros dos seus órgãos sociais de Administração, direção ou gerência, desde que estejam em efetividade de funções.

<sup>63</sup> Exceção introduzida pelo DL 278/2009, de 2/10.

### **i) Participação na elaboração do procedimento**

Antes de mais, cumpre referir que, quanto à previsão deste impedimento em particular, o legislador português foi mais longe do que o comunitário, consagrando, na versão original<sup>64</sup> da al. j do art. 55.º, a proibição de admitir como candidato, concorrente ou membro de um agrupamento, as entidades que “[t]enham, a qualquer título, prestado direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento”<sup>65</sup>.

Tendo em conta que se pode observar um estreito paralelismo entre aquele art. do CCP e o art. 45.º da Diretiva 2004/18, sob a epígrafe “situação pessoal do candidato ou proponente”, o facto de o legislador português ter instituído este impedimento é demonstrativo da sua preocupação com os princípios da imparcialidade e da igualdade de tratamento entre os participantes. Provavelmente, o legislador quis, aquando da transposição da Diretiva 2004/18, conjugar os valores emanados do espírito daquela com o entendimento sufragado pelos nossos tribunais, e, em certa medida, pelo TJ – apesar de que, quanto a este, não nos parece que o tenha assimilado da melhor forma.

Em bom rigor, a *ratio* da disposição não causa estranheza: aquele que elabora peças do procedimento *pode* ficar em situação de vantagem relativamente aos restantes participantes<sup>66</sup>. Trata-se de uma vantagem “hipotética ou potencial” (M. CABRAL, 2011: 130), *i.e.*, que pode não existir em efetivo, mas que, devido à ligação que a pessoa em causa teve com a realidade pré-procedimental, designadamente, a eventual obtenção de informações importantes para elaboração de propostas, é, pelo menos em tese, suscetível de existir.

Foi em 2003, ao abrigo da vigência do DL 59/99, de 2/3, que o tema foi pela primeira vez abordado na jurisprudência portuguesa. O STA (Ac. de 1.10.03, P. 48035/02), instado a pronunciar-se sobre um caso em que a empresa que elaborou o estudo prévio ao lançamento do procedimento veio, posteriormente, a figurar no concurso como autora do projeto base apresentado por um consórcio, considerou que tal circunstância é “susceptível de lançar sobre o concurso e o acto que lhe pôs termo [a adjudicação do contrato ao consórcio] uma aura de suspeita e desconfiança, pondo em

---

<sup>64</sup> Redação do DL 18/2008, de 29/1.

<sup>65</sup> Sobre a problemática subjacente a esta norma, v. M. CABRAL (2011: 125-71).

<sup>66</sup> Neste sentido, e com explicação detalhada sobre os factores que podem originar essa situação de vantagem, v. M. CABRAL (2011: 130).

causa a imagem de objectividade e seriedade que os órgãos da Administração Pública devem guardar”.

Também o TCAN, em 2006, proferiu um aresto (em 16/11, P. 545/05.6 BECBR)<sup>67</sup> no qual manifestou a sua concordância com a exclusão de um consórcio com fundamento na “suspeita da violação da regra da concorrência e igualdade de tratamento para com os concorrentes, em virtude das Recorrentes possuírem um conhecimento privilegiado do Estudo Prévio e da vontade da Entidade Demandada, ao incluírem como assessora do seu projecto a mesma empresa que havia assessorado o dono da obra”. Concluindo que, “ao prevenir o risco de uma actuação parcial, o dono da obra actuou no âmbito da mais estrita obediência aos princípios da imparcialidade e da transparência”.

Em sentido diverso – o qual merece a nossa concordância –, M. e R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2011: 545) consideram não bastar o “mero risco de uma atuação desigual”, sendo sempre necessário ponderar as “circunstâncias e resultados concretos e verosímeis da situação em causa”. Este entendimento é, aliás, o que melhor se coaduna com a alteração da redação da al. j do art. 55.º, operada pelo DL 149/2012, de 12/7, pelas razões que adiante exporemos.

Quanto à jurisprudência comunitária, é de mencionar o paradigmático *Ac. Fabricom* (P. C-21/03 e C-34/03, de 3.3.05), no qual o TJ sustentou o entendimento de que “a pessoa que efectuou determinados trabalhos preparatórios pode estar em vantagem para elaborar a sua proposta”, notando, ainda, que “todos os concorrentes devem dispor das mesmas possibilidades na formulação dos termos das suas propostas”, e essa pessoa poderá “influenciar as condições de adjudicação num sentido que lhe seja favorável”. O Tribunal, embora reconhecendo que o facto de um concorrente ter realizado trabalhos preparatórios referentes ao procedimento em questão é suscetível de falsear a concorrência, acaba por concluir que essa circunstância não é, *por si só*, suficiente para configurar uma causa de exclusão, defendendo que deve ser dada ao concorrente a possibilidade de provar que a experiência por si adquirida não falseia a concorrência no caso concreto.

---

<sup>67</sup> V., a este propósito, Acs. STA, P. 594/04, de 9.12.04, e P. 730/04, de 13.1.05, e, ainda, Ac. TCAN, P. 111/04, de 3.11.05, que, apesar de versarem sobre litígios emergentes de concursos de pessoal, sufragam o mesmo entendimento relativamente ao princípio da imparcialidade: a violação deste princípio não exige provas concretas de atuações parciais por parte da Administração, bastando-se com a existência de condutas suscetíveis de afetar a sua imagem pública de imparcialidade.

Ainda que a intenção do nosso legislador tenha sido a de aumentar a segurança jurídica, fazendo valer os princípios da transparência, da imparcialidade e da igualdade de tratamento, não salvaguardou as situações em que, comprovadamente, não fossem colocadas em causa as regras da concorrência – e é por este motivo que atrás dissemos que não nos parece que o legislador tenha interpretado da melhor forma a jurisprudência do TJ nesta matéria<sup>68</sup>. Aliás, a redação da norma, conforme aponta M. CABRAL (2011: 129), também não era a melhor, causando dúvidas de interpretação, no sentido de saber que participantes estariam efetivamente abrangidos pelo seu âmbito. Acresce que, ao impedir a entrada no procedimento das pessoas que apenas de forma *indireta* tenham participado na elaboração das peças, o legislador alargou demasiado o âmbito de aplicação subjetivo da norma. Com efeito, parece terem cabimento nas expressões “a qualquer título” e “indiretamente” atos como a mera coadjuvação na preparação das peças que não implique uma relação estreita com informação relevante para a elaboração de propostas.

O controverso art. foi alterado pelo já referido DL 149/2012, na perspetiva de harmonização com a jurisprudência comunitária, sendo a seguinte a sua atual redação: “[t]enham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento *que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência* (it. nosso).” Houve, portanto, um aditamento à parte final da norma, ressaltando-se as situações em que a elaboração das peças do procedimento não se consubstancie numa situação de “vantagem que falseie as condições normais de concorrência”.

Esta alteração já traz algo de positivo, na medida em que a redação anterior da referida disposição suscitava problemas de diversa ordem, designadamente, problemas de justiça. Senão, vejamos: se a *ratio* da norma era promover a igualdade de tratamento entre os participantes, dever-se-ia dar àquele que, hipotética ou potencialmente, é detentor de uma vantagem relativamente aos demais, a possibilidade de provar que efetivamente essa vantagem não existe atendendo à particular configuração do caso concreto. E, existindo de facto uma situação de vantagem por parte de um participante, deveria a entidade adjudicante comunicar aos restantes a totalidade da informação por aquele detida, colocando todos os participantes numa posição paritária.

---

<sup>68</sup> No mesmo sentido, R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2009: 32) manifesta dúvidas relativamente à “plena compatibilidade com o direito comunitário” da solução consagrada.

Estas questões estão agora finalmente resolvidas entre nós, sendo ponto assente que não pode haver exclusão automática daquele que tiver (direta ou indiretamente) elaborado as peças procedimentais, recaindo sobre si o ónus de provar que não se encontra em vantagem relativamente aos outros participantes. Permanece, porém, o problema da (demasiado) alargada aplicação subjetiva da norma, uma vez que continua a ser possível impedir operadores que, “a qualquer título”, “direta ou indiretamente”, tenham prestado assessoria na elaboração do procedimento.

A Proposta de Diretiva traz também novidades neste particular, contemplando uma salvaguarda contra eventuais preferências imerecidas (“vantagens desleais”) por parte da entidade adjudicante relativamente a participantes que tenham tido algum tipo de interferência na elaboração do respetivo procedimento. Vejamos.

#### *Article 39*

##### *Preliminary market consultations*

*Before launching a procurement procedure, contracting authorities may conduct market consultations with a view to the preparation of the procurement and to inform economic operators of their procurement plans and requirements.*

*For this purpose, contracting authorities may for example seek or accept advice from independent experts or authorities or from market participants which may be used in the planning and conduct of the procurement procedure, provided that such advice does not have the effect of distorting competition and does not result in a violation of the principles of non-discrimination and transparency.*

#### *Art. 39.ºa*

##### *Prior involvement of candidates or tenderers*

*Where a candidate or tenderer or an undertaking related to a candidate or tenderer has advised the contracting authority, whether in the context of Article 39 or not, or has otherwise been involved in the preparation of the procurement procedure, the contracting authority shall take appropriate measures to ensure that competition is not distorted by the participation of that candidate or tenderer.*

*Such measures shall include the communication to the other candidates and tenderers of relevant information exchanged in the context of or resulting from the involvement of the candidate or tenderer in the preparation of the procurement procedure and the fixing of adequate time limits for the receipt of tenders. The candidate or tenderer concerned shall only be excluded from the procedure where there are no other means to ensure compliance with the duty to observe the principle of equal treatment.*

*Prior to any such exclusion, candidates or tenderers shall be given the opportunity to prove that their involvement in preparing the procurement procedure is not capable of distorting competition. The measures taken shall be documented in the individual report required by Article 85.*

A positividade desta regra no art. 39.º da Proposta (*supra* transcrito) está não só em consonância com a jurisprudência citada, mas também com as recomendações constantes do *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*<sup>69</sup>. Neste documento, a CE alerta para a desproporcionalidade subjacente à exclusão automática de um participante com fundamento no seu envolvimento na elaboração das peças do procedimento, sugerindo que a eventual informação privilegiada que o mesmo detenha seja comunicada a todos os outros participantes.

## **ii) Dupla participação**

Nos termos do art. 54.º/2, “[o]s membros de um agrupamento candidato ou de um agrupamento concorrente não podem ser candidatos ou concorrentes no mesmo procedimento [...], nem integrar outro agrupamento candidato ou outro agrupamento concorrente.”

---

<sup>69</sup> COM(2011) 15 final. Na contextualização histórica desta problemática cumpre ainda referir as Diretivas 97/52/CEE e 98/4/CEE, que afirmavam nos seus Considerandos 10 e 13, respetivamente, que “as entidades contratantes podem solicitar ou aceitar pareceres que possam ser utilizados para a preparação de especificações relativas a um determinado contrato, *na condição de que esses pareceres não tenham por efeito impedir a concorrência* (it. nosso).” Esta disposição migrou, ainda que de forma adaptada, para as Diretivas de 2004, conservando-se *expressis verbis* a sua parte final (Considerandos 8 e 10 das Diretivas 2004/18 e 2004/17, respetivamente). É também de referir o art. VI, n.º 4, do ACP, cuja redação é a seguinte: “[a]s entidades não solicitarão nem aceitarão de qualquer modo que tenha por *efeito impedir a concorrência*, pareceres que possam ser utilizados para a elaboração das especificações relativas a um determinado contrato provenientes de sociedades que *possam ter interesse comercial nesse contrato* (it. nosso)”.

Como explica R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2009: 92), esta norma compreende os casos em que “o mesmo operador económico [...] integra dois agrupamentos distintos ou o mesmo operador que, a um tempo (mas no mesmo procedimento, claro), se apresenta isoladamente e, a outro, agrupadamente” e trata-se de uma “participação simultânea em sentido próprio”.

### **iii) Perpetuação do cocontratante**

Nos termos do art. 113.º/2, a entidade adjudicante não pode convidar a apresentar propostas entidades a quem já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, por meio de ajuste direto adotado em função do valor, propostas para a celebração de contratos cujo objeto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar<sup>70</sup>, e cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites mínimos fixados para a adoção do ajuste direto em função do valor<sup>71/72</sup>.

Com efeito, estando em causa um procedimento em que o universo concorrencial é (de)limitado, *a priori*, pela entidade adjudicante, para tanto habilitada

---

<sup>70</sup> Segundo NOGUEIRA DE BRITO (2010: 323 e ss), a expressão “prestações do mesmo tipo ou idênticas” significa que o contrato a celebrar tem de ter por objeto obras, serviços ou bens móveis diferentes (“novos”) dos que foram contratualizados ao abrigo dos ajustes diretos anteriores. Assim, explica, o contrato em causa pode ser do mesmo tipo que o(s) anterior(es), contanto que as prestações principais, *i.e.*, aquelas que lhe conferem a sua fisionomia própria, sejam diferentes (*v.g.* se ambos os contratos forem de empreitada, mas no primeiro tiver sido contratualizada a construção de uma ponte e agora o contrato tiver por objeto a construção de um prédio, a proibição não tem aplicação). O autor avança a possibilidade de uma outra interpretação, recorrendo ao sistema geral de classificação do CPV, acabando por concluir que não terá sido essa a intenção do legislador, e que tal interpretação poderia conduzir a soluções arbitrárias.

C. VIANA (2009: 15), em sentido diverso, considera que a regra, implicando a identificação do que são “prestações do mesmo tipo ou idênticas”, é de “difícil aplicação e obriga a uma análise casuística, podendo ainda duvidar-se da sua objectividade” e, nesse sentido, aponta a solução do CPV para que se apurem “com maior objectividade” as semelhanças entre as prestações.

Também AMARAL E ALMEIDA / FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (2011: 295-8) entendem que, não obstante a complexidade que o mesmo reveste, o “índice [...] mais seguro e fiável” é o estabelecido pelo legislador comunitário, ou seja, o CPV; ressalvando, no entanto, que a classificação resultada de uma interpretação segundo o CPV não é nem vinculativa, nem definitiva para a entidade adjudicante.

<sup>71</sup> Em suma, este impedimento tem a sua aplicação condicionada à observância cumulativa de quatro requisitos de diferente natureza: objetiva (prestações do mesmo tipo ou idênticas), temporal (contrato anterior celebrado no mesmo ano económico ou nos dois anos anteriores), procedimental (contrato anterior celebrado na sequência de ajuste direto) e quantitativa (relativo ao preço) – *v.* AMARAL E ALMEIDA / FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (2011: 291 e ss).

<sup>72</sup> O valor que releva para efeitos desta proibição é o dos contratos anteriormente celebrados, não podendo a esse somar-se o do contrato cujo procedimento está em curso – ANDRADE DA SILVA (201: 405), LUCAS PIRES (2010: 8) e NOGUEIRA DE BRITO (2010: 321).

legalmente, sujeito a requisitos especialmente apertados<sup>73/74</sup> – precisamente por implicar convidar diretamente *entidades escolhidas pela entidade adjudicante*<sup>75</sup> – haveria alguma incoerência legislativa se, por um lado, as condições de admissibilidade do ajuste direto fossem particularmente exigentes e, por outro, se permitisse que a mesma entidade fosse sucessivamente, e sem qualquer controlo, escolhida como cocontratante. Como é bom de ver, num cenário desses, os princípios da concorrência, da imparcialidade, da transparência e da igualdade de tratamento seriam colocados em crise<sup>76</sup>.

A *mens legislatoris* não surpreende, já que idêntica regra foi erigida a critério material de adoção do ajuste direto para contratos de empreitada de obras públicas e de aquisição de serviços quando estes tenham sido celebrados há menos de três anos na sequência de concurso público ou limitado<sup>77</sup>. Ora, se é assim para o ajuste direto adotado em função de critérios materiais, por uma questão de coerência legislativa faz sentido que se aplique a mesma regra para a sua adoção em função do valor do contrato. Caso contrário, a entidade adjudicante que não conseguisse recorrer a esse procedimento ao abrigo dos arts. 25.º ou 26.º, por inobservância de um dos requisitos exigidos, facilmente contornaria as referidas normas, através do critério do valor do contrato, desde que os valores em causa o permitissem (NOGUEIRA DE BRITO, 2010: 320-1).

Ademais, este impedimento obsta ao defraudamento das normas que proíbem o recurso ao ajuste direto em função do valor por meio do fracionamento da despesa em lotes<sup>78</sup> (NOGUEIRA DE BRITO, 2010: 320; LUCAS PIRES, 2010: 9).

---

<sup>73</sup> Quanto à escolha do procedimento em função do critério do valor do contrato resulta dos arts. 19.º, 20.º e 21.º que a adoção do ajuste direto é muito mais restrita do que a do concurso público e do concurso limitado por prévia qualificação (note-se que o procedimento de negociação e o diálogo concorrencial não podem ser adotados apenas em função do valor do contrato). Com efeito, os referidos arts. estabelecem valores máximos até aos quais é possível recorrer ao ajuste direto (arts. 19.º-*a*), 20.º/1-*a*), 21.º/1-*a*)), ao passo que adoção do concurso público e do concurso limitado não está sujeita a qualquer limite de valor, salvo para os contratos de empreitada de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de locação de serviços, quando os respetivos anúncios não sejam publicados no JOUE (arts. 19.º- *b*), 20.º/1-*b*), 21.º/1-*b*)), ou seja, quando o seu valor for inferior ao limiar comunitário previsto para o tipo contratual (arts. 7.º da Diretiva 2004/18 e 2.º do Reg. 1251/2011).

<sup>74</sup> M. RAIMUNDO (2010: 15) refere-se-lhe como “procedimento restrito”; em termos semelhantes, M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS (2009: 89) usam o termo “procedimento fechado”. Ainda assim, a entrada em vigor do CCP veio aumentar os valores até aos quais o ajuste direto pode ser adotado, ampliando o seu âmbito de aplicação.

<sup>75</sup> Art. 112.º.

<sup>76</sup> Neste sentido, M. RAIMUNDO (2010: 23-4).

<sup>77</sup> Arts. 25.º/1-*a*), *ii* e 27.º/1-*a*), *ii*.

<sup>78</sup> Art. 22.º

A *ratio* subjacente à proibição contida no art. 113.º/2 é, obviamente, a proteção dos princípios da imparcialidade e da transparência por que se deve reger a atividade pública. Ou seja, se se permite a adoção do ajuste direto (enquanto procedimento restrito) apenas em face de certos requisitos de verificação exigente (art. 24.º), não pode depois permitir-se a adoção ilimitada deste procedimento relativamente a um mesmo operador. Se assim não fosse, colocar-se-ia em risco a imagem da Administração, que deve ser isenta (imparcial) e não suscitar a desconfiança perante a sua atuação (transparente), pois, como é bom de ver, estes valores, por que se deve pautar a escolha pública, não se coadunam com qualquer espécie (ou suspeita) de favorecimento – e, portanto, violação do princípio da igualdade de tratamento (M. RAIMUNDO, 2010: 24)<sup>79</sup>.

Por outro lado, a norma em apreço visa também proteger o valor da concorrência<sup>80</sup>, pois se o procedimento de ajuste direto, por si só – *maxime* em caso de convite a uma só entidade –, pode levantar problemas concorrenciais, *a fortiori*, levantá-los-á se as entidades *convidadas* a apresentar propostas tendo em vista a adjudicação de um mesmo tipo de contrato forem sempre as mesmas, especialmente não tendo decorrido um lapso de tempo razoável (que o legislador considerou três anos).

Acresce a este o facto de que canalizar (“bloquear”) a despesa pública, reiterada e sistematicamente, para a mesma entidade causa distorções na concorrência, que deverão ser anuladas mediante a obrigatoriedade do recurso ao mercado com uma certa periodicidade<sup>81</sup>.

Por último, mas não menos importante, a norma visa obstar à violação do princípio da igualdade de tratamento, na medida em que, convidando sempre o mesmo fornecedor, a Administração não está a dar hipótese a outros operadores de apresentarem as suas propostas e, assim, contribuir para, no médio prazo, dinamizar a economia e promover a inovação.

Não obstante serem estas as intenções da norma, M. RAIMUNDO (2010: 24) critica a solução consagrada no preceito em análise, considerando-a “demasiado

---

<sup>79</sup> Transcrevemos uma afirmação de SÉRVULO CORREIA (1987: 691) que, ainda que não se referindo ao assunto que ora tratamos, julgamos clarificar a ideia que lhe está subjacente: “[u]ma vez que, em abstracto, poderão ser múltiplos os interessados em contratar com a Administração, assume acuidade especial a aplicação do princípio da *imparcialidade*, sob a vertente da *igualdade de tratamento*.”

<sup>80</sup> No sentido de que a perpetuação do cocontratante representa a violação do princípio da concorrência, v. LINDITCH, *apud* M. RAIMUNDO (2010: 24), e, expressamente referindo-se ao art. 113.º/2, M. RAIMUNDO (2010: 24).

<sup>81</sup> M. RAIMUNDO (2010: 24)

exigente”, invocando que pode “provocar distorções no valor que procura manter a todo o custo: precisamente o valor da concorrência”.

Um dos argumentos oferecido pelo autor é o de que estas normas, ao impedirem certas entidades de serem adjudicatárias com fundamento na sua anterior relação contratual com a entidade adjudicante, são alheias àquela que deve ser a preocupação cimeira quando se trata de escolher o adjudicatário de um contrato público: a aferição da melhor relação qualidade-preço<sup>82</sup>. Ou seja, “um fornecedor – que até pode ser o *melhor fornecedor* do mercado – fica *impedido* de prestar bens ou serviços a uma dada entidade pública, por um período de dois ou três anos, pelo motivo de ter prestado anteriormente bens ou serviços a essa entidade”<sup>83</sup>.

Neste sentido, merece a nossa concordância o entendimento sufragado pelo autor, ao propor que a norma seja interpretada restritivamente, impedindo apenas o convite individual a uma entidade que esteja nas condições aí referidas e não o convite a essa e a outras entidades. Isto porque – explica –, quando mais do que uma entidade é convidada a apresentar propostas, “o ajuste direto é um procedimento fortemente concorrencial e objetivo”<sup>84</sup>, atenta a sua particular tramitação procedimental<sup>85</sup>.

Outro impedimento que visa obstar à perpetuação do contratante é o do art. 113.º/5, nos termos do qual se estabelece uma proibição análoga à do 113.º/2, abrangendo, desta feita, as “entidades que tenham executado obras, fornecido bens móveis ou prestado serviços à entidade adjudicante, a título gratuito, no ano económico em curso ou nos dois anos económicos anteriores, exceto se o tiverem feito ao abrigo do Estatuto do Mecenato.”

A *ratio* desta norma prende-se, em primeira linha, com a tutela dos princípios da imparcialidade e da transparência (M. RAIMUNDO, 2010: 30; M. e R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2011: 521), podendo, quanto a nós, vislumbrar-se igualmente preocupações de ordem concorrencial<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> *Ibidem*. Também SÉRVULO CORREIA (1987: 697) entende que “o exercício de uma margem de autodeterminação na eleição de uma proposta há deguiar-se pela ideia de que deverá ser seleccionada aquela que melhores condições oferecer para a satisfação do interesse público específico que levou a Administração a determinar-se ao negócio.”

<sup>83</sup> *Idem*: 25.

<sup>84</sup> *Idem*: 26.

<sup>85</sup> Arts. 115.º e ss, em especial, 122.º/1, 123.º e 124.º/1.

<sup>86</sup> Neste sentido, M. RAIMUNDO (2010: 34, 36) e ANDRADE DA SILVA (2010: 405).

Pois bem, como se depreende facilmente da leitura da disposição em análise, e em termos análogos ao que se disse sobre o art. 113.º/2, a ideia base que preside ao seu espírito é a de que a Administração deve atuar de modo incensurável aos olhos dos administrados, não podendo dar passos em falso, que suscitem dúvidas quanto ao tratamento que dá aos participantes num procedimento de contratação pública, que deve, em qualquer caso, pautar-se pelo princípio da igualdade.

Porém, tal como a norma do art. 113.º/2, também a do 113.º/5 tem de ser compreendida à luz do princípio da concorrência: se o que se pretende é impedir que a entidade adjudicante se furte à imparcialidade que deve reger a sua escolha (seja porque se sente em “dívida” perante o operador económico ofertante, seja porque tem com aquele uma relação “de intimidade”<sup>87</sup>), obviamente que esse objetivo tem subjacente uma ideia de proteção da concorrência.

A norma em apreço tem, contudo, uma finalidade específica, cuja consagração poderemos compreender à luz de uma prática que se tem tornado frequente, e que consiste na oferta, por parte dos operadores económicos, de bens ou serviços a entidades adjudicantes na perspetiva de obter, posteriormente, vantagem na adjudicação de contratos – designados, por esse motivo, de *linked contracts*<sup>88</sup> (M. RAIMUNDO, 2010: 31).

A ressalva que consta da parte final da disposição, aditada pelo DL 278/2009, de 2/10, visa evitar que operadores económicos que tenham oferecido bens/serviços a uma entidade adjudicante, movidos por um espírito de mecenato autêntico, sejam impedidos de participar num procedimento de adjudicação lançado por essa mesma entidade. Isto significa, como explica M. RAIMUNDO (2010: 32), que, na sua redação original, a norma consagrava uma “verdadeira *sanção* ao exercício do mecenato pelas entidades privadas”. Nesse sentido, cremos que a intenção do legislador foi a melhor em proceder à referida alteração.

Concordamos, porém, com o autor quando se questiona sobre qual a diferença de tratamento que o preceito confere aos casos em que a liberalidade concedida a favor da entidade adjudicante consiste numa atuação desinteressada, daqueles outros em que a intenção propulsora é a de vir a obter benefícios na adjudicação de contratos (M. RAIMUNDO, 2010: 33). É que, como o autor bem nota, desde que essa liberalidade seja

---

<sup>87</sup> A expressão é de M. e R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2011: 521).

<sup>88</sup> Sobre estes, v. ANNE KEIRSE/MARCO LOOS (2012).

declarada para efeitos de obtenção de benefícios fiscais – e pode sê-lo quer a intenção que lhe subjaza seja a de contribuir desinteressadamente a favor de certa entidade pública (adjudicante), quer seja a de vir a ser convidada para apresentar propostas em sede de ajuste direto –, os operadores económicos ficam legitimados pelo art. 113.º/5 a participar no procedimento.

Ora, parece-nos que, de facto, ainda que a intenção do legislador tenha ínsitas razões de justiça, a verdade é que a forma como a positivou não foi feliz; mais, não permite lograr o objetivo da própria *mens legislatoris* – penalizar, através do impedimento de participar num procedimento de contratação pública, aqueles que atuam perante a Administração de forma censurável à luz dos princípios que regem a atividade pública, sendo, aliás, em alguns casos, muito ténue a fronteira entre a corrupção e este tipo de comportamento –, abrindo, ao invés, uma porta para a sua subversão. Repare-se no paradoxo firmado por esta alteração legislativa: se a mesma pretendeu evitar a injustiça da exclusão automática do procedimento, acabou por legitimar uma outra, que se consubstancia no duplo benefício que resulta para aqueles que efetuem tais liberalidades de forma interessada: por um lado, a possibilidade de serem convidados a apresentar propostas em sede de ajuste direto e, por outro, ser-lhes concedido um benefício fiscal<sup>89</sup>.

Percebemos, por isso, a solução apresentada por M. RAIMUNDO (2010: 34) que, em alternativa à revogação do preceito, propõe a sua substituição “por uma norma construída como uma cláusula geral, de funcionamento não automático mas conferindo margem de livre apreciação”, com o propósito de impedir o convite a entidades que tenham oferecido à entidade adjudicante bens ou serviços que “comprovadamente [...] tenham como intuito ou como efeito restringir a concorrência”. No entanto, parece-nos que a operacionalidade de tal cláusula geral seria algo difícil, na medida em que a prova de uma intenção é sempre uma prova diabólica.

Quanto a saber se o art. 113.º/5 se aplica, à semelhança do que acontece com o 113.º/2, apenas ao ajuste direto adotado em função do valor, cremos que não, ou seja, para efeitos de “ativação” do impedimento consagrado naquela norma é indiferente o critério que legitimou o recurso a este procedimento. Com efeito, o preceito nada diz quanto a isso e não vislumbramos razões para concluir no sentido de que o mesmo tem

---

<sup>89</sup> Alertando para esta perplexidade, M. RAIMUNDO (2010: 34).

a sua aplicação reduzida aos casos de ajuste direto em função do valor. Aliás, o único motivo que permite concluir num tal sentido é o de interpretar a norma do art. 113.º/5 à luz dos mesmos pressupostos da do art. 113.º/2., o que seria um erro, pois esses pressupostos são diferentes.

Acresce que a inserção sistemática do art. 113.º (S. I – “Disposições comuns”, do Cap. I – Ajuste Direto, do Título III) parece indiciar que a intenção do legislador foi, uma vez que nada disse no n.º 5 quanto ao tipo de ajustes diretos a que se aplica o impedimento – contrariamente ao que fez no n.º 2 – a de abranger na proibição também os ajustes diretos fundados em critérios materiais<sup>90</sup>.

#### **iv) Proibição da participação de certas sociedades**

Preceitua o art. 8.º/1 da Lei 64/93, de 26/8<sup>91</sup>: “[a]s empresas cujo capital seja detido numa percentagem superior a 10% por um titular de órgão de soberania ou titular de cargo político, ou por alto cargo público, ficam impedidas de participar em concursos de fornecimento de bens ou serviços, no exercício de actividade de comércio ou indústria, em contratos com o Estado e demais pessoas colectivas públicas.”

A norma em apreço, de índole predominantemente protecionista dos princípios da proporcionalidade e da transparência, tem um efeito “bipolar” relativamente à concorrência: se a protege, por um lado, obstruindo o caminho ao nepotismo e à corrupção, por outro, coarta o pleno exercício de uma liberdade fundamental – a liberdade de iniciativa económica –, pois tais empresas podem “ficar “presas” da vontade do titular do cargo em questão” (MARÇALO/MEIRIM, 2007: 97).

Contudo, como bem nota M. RAIMUNDO (2013: 358), “[a] experiência demonstra como são objecto de especial censura política quaisquer condutas de favorecimento ou pouca transparência na atribuição de contratos públicos”, razão pela qual se compreende a consagração deste impedimento. Ainda assim, como também salienta o autor, ante o conflito de valores que emana do citado dispositivo legal, é duvidosa a proporcionalidade daquela limitação face aos valores protegidos.

---

<sup>90</sup> Neste sentido, M. e R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2011: 522) e NOGUEIRA DE BRITO (2010: 326); em sentido contrário, C. VIANA (2009: 14).

<sup>91</sup> Que estabelece o regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos.

Traçado o panorama – nacional e europeu – atual em matéria de causas de exclusão, cumpre dedicar algumas linhas às novidades que as propostas de Diretiva contemplam nesta matéria.

### **2.1.3 A reforma comunitária do direito da contratação pública: os impedimentos nas Propostas de modernização das Diretivas de 2004**

Da leitura do art. 55.º da Proposta<sup>92</sup> relativa à Diretiva 2004/18 (para o qual o art. 74.º da Proposta referente à Diretiva 2004/17 remete), constata-se o aumento do elenco das causas de exclusão consagradas no art. 45.º da atual Diretiva.

Começando por aquelas que são de *transposição obrigatória*, verifica-se o aditamento de duas novas causas: a condenação, por decisão transitada em julgado, com fundamento na instigação, cumplicidade, tentativa ou prática de infrações terroristas (*i*), e a existência de uma decisão transitada em julgado determinando que o operador não cumpriu as suas obrigações em matéria fiscal ou de contribuições devidas à segurança social<sup>93</sup> (*ii*).

A primeira é verdadeiramente inovadora e justifica-se face à política de combate ao terrorismo, intensificada e generalizada desde os atentados de 11 de setembro de 2001, revelando-se, aliás, uma manifestação conseqüente e coerente das atribuições das instituições europeias, designadamente do Parlamento, do Conselho e da Europol, em matéria de prevenção do terrorismo<sup>94</sup>. Por sua vez, a segunda não representa propriamente uma novidade, estando já prevista na Diretiva 2004/18, ainda que não nestes exatos termos.

Assim, a Proposta funde duas causas de exclusão de índole análoga numa só, convertendo-a numa causa de transposição obrigatória<sup>95</sup>, e acrescenta, ainda, que essa exclusão poderá ocorrer quer a entidade adjudicante tenha conhecimento dos factos que a fundamentam, o que a Diretiva 2004/18 já permite, quer exista uma *decisão transitada*

---

<sup>92</sup> Consideramos, obviamente, a última versão da Proposta, *i.e.*, a que resultou do acordo entre PE e Conselho, publicada no sítio oficial do PE na *internet* em 9.9.13 – *v. supra*, n. 1.

<sup>93</sup> Art. 55.º/2.

<sup>94</sup> Arts. 75.º, 83.º/1 e 88.º/1 TFUE.

<sup>95</sup> O art. 45.º/2 da Diretiva 2004/18 prevê a possibilidade (= facultatividade da causa de exclusão) de exclusão dos operadores que não tenham cumprido as suas obrigações relativas ao pagamento de contribuições para a segurança social (al. *e*) e relativas ao pagamento de impostos ou contribuições (al. *f*).

*em julgado que determine a existência desses factos, i.e., que os operadores económicos incumpriram tais obrigações contributivas.*

Mas em matéria de causas de exclusão obrigatórias as novidades não ficam por aqui; o PE acrescentou uma outra causa de exclusão àquele elenco: a condenação por decisão transitada em julgado por motivo de participação na exploração de tráfico humano ou de trabalho infantil<sup>96</sup>.

No que concerne às causas de exclusão de *transposição facultativa*, a Proposta contempla, no art. 55.º/3-a), uma nova causa de exclusão, referente à violação de obrigações de direito social, ambiental e laboral. A consideração da violação de obrigações desta natureza dispensa grandes comentários, estando em perfeita consonância com o espírito da revisão legislativa em que a Proposta se enquadra: imbuído de preocupações ambientais (muito se tem falado, aliás, na “green procurement”), designadamente através da promoção do desenvolvimento sustentável, bem como da inclusão de considerações sociais na política da contratação pública<sup>97</sup>.

O art. 55.º/3-b) da Proposta consagra uma causa relativa aos operadores em processo de falência, liquidação ou situação análoga, que corresponde, *grosso modo*, às que constam das als. *a* e *b* do n.º 2 do art. 45.º da Diretiva 2004/18. A diferença reside no facto de a Proposta especificar mais algumas situações do que a atual Diretiva, referindo, *v.g.*, a Administração de bens por via judicial ou por liquidatário, e a celebração de acordos com credores. A redação da referida al. *b* apresenta uma salvaguarda relativamente à redação original da Proposta: a entidade adjudicante pode optar por não excluir um operador com fundamento nessas circunstâncias, desde que o mesmo prove estar apto a cumprir pontualmente as obrigações decorrentes do contrato.

Uma novidade de relevo que a Proposta contempla nesta sede é a possibilidade de excluir operadores económicos que tenham revelado “deficiências significativas ou persistentes” no cumprimento de um contrato anterior de natureza semelhante<sup>98</sup>. Com efeito, atendendo à taxatividade das causas de exclusão atinentes à idoneidade pessoal dos operadores previstas no art. 45.º da Diretiva 2004/18, as entidades adjudicantes não podem excluir do procedimento um operador económico que tenha um histórico

---

<sup>96</sup> Art. 55.º/1-*ea*) da Proposta, aditada pela emenda 168 do Relatório do PE e mantida no acordo entre PE e Conselho.

<sup>97</sup> Sobre a introdução de preocupações desta natureza na contratação pública, *v.* CARANTA/ TRYBUS (2010).

<sup>98</sup> Art. 55.º/3-*d*) da redação originária da Proposta.

contratual de sucessivos incumprimentos. Isto significa, em última análise, que a entidade adjudicante está legalmente obrigada a contratar com o operador que satisfaça o critério de adjudicação, não podendo considerar, na avaliação das propostas, fatores como o anterior desempenho contratual<sup>99</sup>.

Neste contexto, a redação inicial da Proposta referia-se especificamente a contratos anteriormente celebrados *com a mesma entidade adjudicante*, ou seja, poderiam vir a ser excluídos do procedimento operadores que, em contratos anteriores com aquela entidade adjudicante, tivessem revelado deficiências significativas ou persistentes. Contudo, de acordo com a última versão da Proposta, deixa de ser exigível a identidade do adjudicante, legitimando-se, assim, a exclusão de um operador económico com fundamento no seu “histórico contratual”, *contanto que* tais condutas se tenham consubstanciado em deficiências persistentes ou significativas na execução de um “*substantive requirement*” no âmbito de um contrato público anterior (1) e tenham tido uma das seguintes consequências: motivado o fim antecipado do contrato, causado danos ou legitimado a aplicação de sanções<sup>100</sup> (2).

A introdução destes requisitos, que, no fundo, traduzem a gravidade da anterior conduta, é deveras pertinente, na medida em que, à luz da redação original da Proposta, para se aferir se determinado desempenho contratual anterior seria ou não suscetível de legitimar a exclusão, a entidade adjudicante teria de indicar um método para avaliação do desempenho contratual das empresas, baseado em “critérios objetivos e mensuráveis”, que pudesse ser aplicado “de forma sistemática, coerente e transparente.”

Ora, com a exigência de que o anterior desempenho tenha ferido a relação contratual ao ponto de desencadear as mencionadas consequências, não só se delimita a fronteira da exclusão, como também se oferece uma base sustentável à consagração de tal causa de exclusão, porquanto não é qualquer deficiência no desempenho contratual que a legitima, afastando, assim, possíveis aplicações arbitrárias da norma.

Uma nova causa de exclusão – que não figura na redação inicial da Proposta mas que foi introduzida pela concertação entre PE e Conselho – é a existência de indícios, *suficientes e plausíveis*, de que o operador em questão participou em acordos com

---

<sup>99</sup> P. M. PEREIRA/J. S. FRANCO (2012: 149) notam que este é um problema com que as entidades adjudicantes se deparam amiúde.

<sup>100</sup> Art. 55.º/3-e) da Proposta.

outros operadores com o intuito de distorcer a concorrência<sup>101</sup>. Trata-se de uma causa de exclusão do procedimento que apesar de não constar do rol de causas previstas nas Diretivas de 2004 foi consagrada no nosso CCP (art. 70.º/2-g)), enquanto causa de exclusão de *propostas*.

Naturalmente que o maior impacto da transposição desta causa de exclusão será para aqueles ordenamentos jurídicos nos quais não está prevista a exclusão, nem dos operadores económicos, nem das propostas, com fundamento na existência de práticas suscetíveis de distorcer a concorrência<sup>102</sup>. Contudo, mesmo para aqueles que, como *Portugal*, têm no seu sistema jurídico uma causa de exclusão das *propostas* especificamente direcionada para práticas anticoncorrenciais, a transposição da referida norma da Proposta representará também uma mudança. Vejamos em que termos.

O nosso CCP consagra, como vimos, nos arts. 55.º e 81.º, os impedimentos à participação de operadores económicos (e não à admissão de propostas, que constam dos arts. 70.º/2 e 146.º) no procedimento. Ora, dissemos que esses impedimentos se traduzem, *grosso modo*, numa transposição das causas de exclusão previstas no art. 45.º da Diretiva 2004/18, consubstanciadas, como a epígrafe desse art. revela, em situações/qualidades relativas aos próprios operadores económicos. Dissemos também que a inexistência destes impedimentos é a condição mais elementar da entrada dos operadores no mercado, pese embora a comprovação dessa inexistência seja efetuada somente em relação ao adjudicatário.

Ora, a inclusão da causa de exclusão em apreço no art. 55.º da Proposta, que corresponde, como também referimos *supra*, ao art. 45.º da Diretiva 2004/18, significa que a existência de práticas anticoncorrenciais entre operadores económicos motiva a exclusão do concorrente/candidato. O legislador comunitário trata esta causa de exclusão como uma causa subjetiva, *i.e.*, atinente aos próprios operadores económicos.

Destarte, se Portugal transpuser tal causa, passará a ser possível a exclusão, com fundamento na suscetibilidade da distorção da concorrência, logo na fase de habilitação.

Convém referir que, apesar de a habilitação no sistema português ser apenas aferida quanto ao adjudicatário, o júri pode propor a exclusão, no relatório preliminar, quer das propostas, quer das candidaturas “que sejam apresentadas por concorrentes

---

<sup>101</sup> Art. 55.º/3-d) da Proposta.

<sup>102</sup> Relembramos que as Diretivas de 2004 não contemplam nenhuma causa de exclusão atinente à existência de práticas anticoncorrenciais.

relativamente aos quais (...) *tenha conhecimento* que se verifica alguma das situações previstas no art. 55.º (it. nosso)”<sup>103</sup>.

Ora, a transpor-se para o CCP a causa de exclusão do art. 55.º/3-*d*) da Proposta, a mesma seria inserida, obviamente, no art. 55.º do diploma português, pelo que, caso o júri tivesse conhecimento, já na fase de análise das candidaturas, de que certo operador é parte num cartel, ficaria legitimado a excluir a candidatura do mesmo no relatório preliminar.

Quanto aos procedimentos sem fase de qualificação, o júri também poderia propor a exclusão da proposta desse operador em relatório preliminar, ao abrigo do art. 146.º/2-*c*), na medida em que a participação em acordos restritivos da concorrência passasse a ser um impedimento previsto no art. 55.º. Sucede, porém, que atualmente, de acordo com o art. 146.º/2-*o*), o júri pode já propor essa exclusão da proposta no relatório preliminar, uma vez que tal causa de exclusão já existe no nosso ordenamento jurídico, mas apenas relativamente às propostas, e não quanto aos operadores económicos. Assim, o efeito prático da transposição desta causa de exclusão prevista na Proposta será pouco significativo para os procedimentos sem qualificação. O mesmo já não se pode dizer quanto aos procedimentos com qualificação, pois, como se demonstrou, o júri passa a poder excluir as candidaturas dos operadores que sejam parte em acordos que tenham por objetivo restringir a concorrência no procedimento, logo no relatório preliminar, contanto que tenha conhecimento da existência dos mesmos.

Ainda no âmbito das causas de exclusão de transposição facultativa a Proposta prevê uma outra: a impossibilidade de resolver efetiva e definitivamente um conflito de interesses surgido no decurso do procedimento<sup>104</sup>. Este novo fundamento de exclusão é inteiramente justificável sob o ponto de vista da salvaguarda dos princípios da igualdade e da concorrência, e, portanto, da boa saúde do procedimento. Com efeito, o legislador comunitário não seria coerente se fizesse impender sobre os Estados-Membros uma “obrigação de vigilância”, com deveres de ação subjacentes, no sentido de diligenciar os meios adequados para identificar e solucionar os conflitos de interesses que eventualmente surjam no decurso do procedimento<sup>105</sup>, e, por outro lado, assumisse uma

---

<sup>103</sup> Arts. 146.º/2-*c*) e 184.º/2-*c*).

<sup>104</sup> Art. 55.º/3-*da*) da Proposta.

<sup>105</sup> Art. 21.º da Proposta.

posição neutra quanto à permanência no procedimento de operadores que se encontram nessa mesma situação de conflito que pretende evitar.

Passa também a relevar em sede de exclusão dos operadores económicos a decisão final transitada em julgado relativamente a membros do órgão de administração ou fiscalização da empresa concorrente ou a pessoas que disponham de poderes de representação, decisão ou controlo sobre a mesma<sup>106</sup>.

Por último, ainda dentro desta temática, assume especial destaque uma importante novidade: a possibilidade de os operadores que se encontram em situação que configure objetivamente um motivo de exclusão apresentarem à entidade adjudicante “elementos que comprovem a sua fiabilidade, não obstante a existência do motivo pertinente para exclusão.”<sup>107</sup> Esses elementos devem provar que o operador ressarciu ou *providenciou o ressarcimento de eventuais danos* causados pela infração (1); *esclareceu integralmente os factos* e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito (2), e *tomou medidas concretas* de natureza técnica, organizativa e pessoal, adequadas a evitar outras infrações penais ou faltas graves (3)<sup>108</sup>.

A Proposta exige, portanto, três condições cumulativas (ressarcimento dos danos<sup>109</sup>, esclarecimento dos factos<sup>110</sup> e adoção de medidas preventivas<sup>111</sup>) para que um

---

<sup>106</sup> Art. 55.º/1, pg. 2.º da Proposta.

<sup>107</sup> Art. 55.º/4 da Proposta.

<sup>108</sup> Art. 55.º/4, pg. 2.º da Proposta.

<sup>109</sup> Pese embora a proposta se refira em primeiro lugar ao ressarcimento dos danos e só depois ao esclarecimento dos factos e à adoção de medidas preventivas, parece-nos que, cronologicamente, faria mais sentido proceder primeiramente ao esclarecimento dos factos, ou não fosse essa a forma mais natural de encetar um processo de “reparação” e demonstração credível da vontade de remediar o prejuízo causado. Com efeito, se o que está em causa é a reposição da idoneidade da empresa, antes de qualquer outra medida a adotar, será, digamos, lógico, e até intuitivo, que aquela, pretendendo verdadeiramente demonstrar que, apesar do cometido, é merecedora da confiança da entidade adjudicante, procure esclarecer voluntariamente os factos que estão na génese do impedimento procedimental. Claro que o ressarcimento dos danos é uma consequência necessária quando o que se visa é o “apagamento” ou “limpeza” do mal realizado, porém, e observando o problema do ângulo do interesse público, estando em causa a idoneidade de um possível futuro cocontratante público, há que ser exigente na avaliação dos fatores a ponderar.

Clarificando esta ideia, ARROWSMITH/PRIEB/FRITON (2009: 5) escrevem: “[w]ithout such clarification, the subsequent self-cleaning steps to be taken will lack a sufficient factual basis and therefore, in most cases, will not be regarded as a credible and promising effort to eliminate the reasons for the wrongdoing.” Ou seja, não basta a (obviamente exigível) reparação dos eventuais danos causados, deve também ser possível à entidade adjudicante perscrutar uma preocupação e interesse genuínos por parte do operador económico em repor a sua idoneidade; preocupação e interesse que podem ser aferidos pela proatividade revelada no esclarecimento do sucedido, bem como pelo nível de colaboração manifestado.

<sup>110</sup> Tal como referido na n. anterior, o esclarecimento dos factos que fundamentam o impedimento é o primeiro e mais elementar comportamento a adotar por parte do interessado, devendo fazê-lo espontaneamente, de forma a demonstrar vontade e empenho na resolução do problema. De contrário, as

operador seja aceite no procedimento, ainda que se encontre numa situação que preencha o tipo normativo de uma causa de exclusão.

Trata-se de um expediente denominado “*self-cleaning*” que, como a designação indica, permite aos operadores, *prima facie* impedidos de participar num procedimento de contratação pública, “limpar” os factos que fundamentam esse impedimento, de modo a reporem a sua idoneidade e a merecerem a confiança da entidade adjudicante<sup>112</sup>. Para esse efeito, devem os interessados apresentar à entidade adjudicante elementos que lhe permitam formar a convicção de que os mesmos adotaram todas as medidas necessárias para assegurar que os factos passados – que preenchem a hipótese da norma

---

medidas posteriormente adotadas, tendo em vista a reposição da sua idoneidade, não terão o substrato adequado para serem consideradas e suficientemente valoradas na ponderação da entidade adjudicante para efeitos de admissão do operador no procedimento (ARROWSMITH/PRIEB/FRITON, 2009: 5).

<sup>111</sup> Estas medidas preventivas, que a proposta categoriza como de natureza técnica, organizativa e pessoal, são, a nosso ver, a mais importante das três condições exigidas para se ponderar a admissão do operador no procedimento. Senão, vejamos: não sendo a empresa, enquanto pessoa jurídica, a atuar por si mesma no exercício dos seus direitos e obrigações, mas sim através dos seus órgãos e representantes, e, bem assim, através de pessoas que ajam sob a autoridade daqueles, um passo fundamental tendo em vista a “limpeza automática” (na tradução portuguesa da proposta) é o de proceder ao seu despedimento. Em alguns casos (quando a participação das pessoas em causa não tenha sido determinante e essencial para a ocorrência dos factos que motivam a exclusão) poderão ser tomadas medidas menos gravosas – neste sentido, e baseando a sua opinião na jurisprudência alemã, ARROWSMITH/PRIEB/FRITON (2009: 6).

No direito português, poder-se-iam aplicar outro tipo de sanções disciplinares, que não o despedimento (v.g. repreensão registada, suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade), conforme disposto no art. 328.º/1 do CT ou em convenção coletiva de trabalho, nos termos do n.º 2 daquele art.

O que foi dito vale apenas para as medidas de natureza pessoal, pois relativamente às medidas organizativas e técnicas os procedimentos a adotar serão diferentes. Neste âmbito, ARROWSMITH/PRIEB/FRITON (2009: 6) referem a pertinência de medidas como a formação dos colaboradores da empresa abrangendo temas de direito penal, direito da concorrência e direito da contratação pública, bem como a elaboração de diretrizes vinculativas visando a prevenção da ocorrência de condutas suscetíveis de configurar causas de exclusão de procedimentos de adjudicação de contratos públicos.

<sup>112</sup> Parece-nos que, em bom rigor, esta não é uma questão que se restrinja à relação entre o cocontratante e a entidade adjudicante, afetando também os cidadãos-contribuintes, pois a contratação pública é sustentada pelo erário público, cuja principal fonte são os impostos. Sendo assim, cremos que está aqui em causa, além, evidentemente, da proteção (mais imediata) do interesse público subjacente à celebração do contrato cuja adjudicação o procedimento visa, também (num espetro de alcance mais largo), ante a perspetiva de risco de um adjudicatário inidóneo, a proteção da confiança e da boa-fé dos cidadãos-contribuintes, no sentido de que estes esperam (e confiam) que os seus impostos sejam aplicados segundo as regras da boa Administração e da boa gestão pública.

Pode, no entanto, levantar-se outra questão no seguimento do que acabou de ser dito, e que se atém em saber até que ponto se pode considerar que a Administração não está a fazer uma boa gestão dos dinheiros públicos por escolher para cocontratante um operador contra o qual foram proferidas decisões judiciais condenatórias pela prática de certos crimes, ou que se encontra em processo de falência, ou que não cumpriu as suas obrigações fiscais. Com efeito, o facto de uma empresa ter, no passado, sido condenada pela prática de um crime de corrupção, não significa que volte a praticar esse ou outro crime, nem que, por esse feito, incumpra o contrato público celebrado ou revele deficiências no seu cumprimento. Claro que, em sentido contrário, pode dizer-se que um operador com esse histórico criminal (ou civil, atendendo à diversidade da natureza das causas de exclusão) sempre suscitará à entidade adjudicante mais desconfiança do que outro, contra o qual não militam quaisquer fundamentos de exclusão. Porém, não nos parece que este argumento deva ser aceite sem mais, sob pena de se cair num fundamentalismo exagerado que pode ser prejudicial ao interesse público.

que estatui a exclusão – não voltarão a ocorrer no futuro (ARROWSMITH/PRIEB/FRITON, 2009: 4).

Ainda que só agora surja numa (proposta de) Diretiva comunitária, o conceito de *self-cleaning* não é novo, sendo já uma realidade na prática judiciária e na legislação de alguns ordenamentos jurídicos, tanto na Europa (Alemanha, Áustria e Itália), como em países terceiros (México, Israel e EUA). Aliás, o nosso CCP contém, em duas das normas sobre impedimentos, uma ressalva que, quando aplicável, liberta o operador económico do impedimento que sobre ele incida, possibilitando-lhe a entrada na corrida pela adjudicação do contrato. Referimo-nos às normas das als. *b* e *c* do art. 55.º, que fazem depender a operacionalidade dos impedimentos nelas consagrados, no caso de pessoas singulares, da circunstância de “*entretanto não [ter] ocorrido a sua [dos operadores económicos visados pela norma] reabilitação*”, ou, quando o operador for uma pessoa coletiva, de os titulares dos seus órgãos cuja anterior conduta impede a participação do mesmo no procedimento “*se encontrem em efetividade de funções*”<sup>113</sup>.

Apesar de o *self-cleaning* ter alguma expressão no direito da contratação pública português, visto estar positivado no CCP nos termos acabados de transcrever, esta não é uma questão debatida na jurisprudência nacional, passando, assim, algo despercebida à doutrina.

Diferentemente, na *Alemanha* – país onde o *self-cleaning* não encontra consagração legal – existe vasta e uniforme jurisprudência que admite esta figura quando se verificarem as três condições exigidas pela Proposta (PÜNDER/ PRIEB/STEIN, 2009: 76).

Já no *ordenamento austríaco e italiano*, este expediente encontra consagração legislativa<sup>114</sup>, porém, em moldes algo diversos dos que figuram na Proposta. Assim, no caso da Áustria, a lei faz apenas referência à adoção de medidas técnicas, organizativas ou pessoais concretas, procedendo a uma enumeração<sup>115</sup> das mesmas, que, segundo REIDLINGER/DENK/STEINBACH (2009: 41), é meramente exemplificativa<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Its. nossos.

<sup>114</sup> V., respetivamente, § 73 (1) do BVergG (Lei federal sobre a adjudicação de contratos públicos) e art. 38.º/1-c) e d) CCPi.

<sup>115</sup> Implementação dum sistema de controlo de elevada qualidade, estabelecimento de órgãos de auditoria interna que monitorizem o cumprimento da legislação ou implementação de regras de responsabilidade interna que assegurem esse cumprimento (§ 73 (2) do BVergG).

<sup>116</sup> Consideram aqueles autores que apesar da mencionada norma referir três medidas em concreto, outras devem ser aceites pela entidade adjudicante aquando da avaliação da idoneidade dos operadores

Por outro lado, o *Codice dei Contratti Pubblici* (CCPi) não menciona quaisquer medidas em concreto, referindo apenas, em relação ao impedimento do art. 38.º/1-c), que a empresa deve “demonstre che vi sai stata completa ed *effettiva dissociazione della condotta* penalmente sanzionata”<sup>117</sup>, e, em relação ao impedimento do art. 38.º/1-d), que “l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e *va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa.*”<sup>118</sup>

A jurisprudência italiana tem vindo a densificar o conteúdo desta previsão normativa, sustentando, designadamente, que a empresa terá adotado tais medidas quando tiver procedido ao despedimento imediato da pessoa que praticou a infração (ou tenha aceite a sua demissão, desde que motivada pela prática do facto ilícito em questão) e intentado uma ação contra a mesma, visando a reparação dos prejuízos causados à empresa com a conduta infratora (CLARICH/GIORDANO (2009: 110).

Quanto aos países terceiros, não sendo nosso propósito aprofundar o tema, não podemos deixar de referir alguns pontos de interesse.

Assim, no *ordenamento israelita* não existe uma previsão específica no direito da contratação pública concernente à figura do *self-cleaning*, sendo esta aplicável nesse âmbito analogicamente (MAHARSHAK/COLLE/KLINEMINTZ, 2009: 131 e ss).

Já o *direito mexicano* prevê a possibilidade da “limpeza automática” em matéria de procedimentos de adjudicação de contratos públicos, contemplando, todavia, uma só medida para esse efeito: o cumprimento voluntário e espontâneo da norma violada<sup>119</sup>.

O *direito norte-americano*, além de distinguir entre a suspensão (“*suspension*”) e a exclusão propriamente dita (“*debarment*”)<sup>120</sup>, dispõe expressamente que o facto de um operador económico se encontrar numa situação que configure (formalmente) uma causa de exclusão/suspensão, não implica necessariamente que o mesmo seja efetivamente excluído/suspensão, pelo que a autoridade competente deverá ter em conta

---

económicos, contanto que sejam *adequadas e suficientes* para prevenir a ocorrência dos mesmos factos no futuro.

<sup>117</sup> It. nosso.

<sup>118</sup> It. nosso.

<sup>119</sup> Arts. 60.º e, em especial, 64.º da *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público*, e 78.º e 82.º da *Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas*. Sobre o conceito de “cumprimento espontâneo”, v. CREEL/MORALES (2009: 150 e ss).

<sup>120</sup> Segundo o disposto na *Federal Acquisition Regulation* (FAR), 2.101, a diferença entre *debarment* e *suspension* reside no facto de a primeira implicar a exclusão da participação em procedimentos de contratação pública por um período de tempo razoável e fixo, enquanto no segundo caso a proibição terá uma duração mais curta.

a gravidade da conduta e, eventualmente, as medidas que hajam sido adotadas posteriormente para remediar a situação<sup>121</sup>.

Destacamos neste sistema o facto de a entidade competente ter discricionariedade para decidir pela exclusão/suspensão, ainda que o operador tenha tomado determinadas medidas para neutralizar os efeitos da infração. Este é um ponto que apresenta alguma similitude com a Proposta de Diretiva, que dispõe que a entidade adjudicante avalia as medidas de *self-cleaning* adotadas pelo operador económico, *tendo em conta a gravidade e as circunstâncias específicas da infração*, e, concluindo pela insuficiência das medidas, o operador deve ser excluído<sup>122</sup>. Ou seja, a mera verificação das medidas de *self-cleaning* não garante, automaticamente, a não exclusão do operador.

Antes de fechar este tema cumpre ainda observar o paralelismo que pode ser estabelecido entre o *self-cleaning* e o denominado “estatuto da clemência”, que vigora no direito da concorrência em Portugal<sup>123</sup>, sob o pano de fundo do direito comunitário da concorrência<sup>124</sup>.

Ora, este estatuto confere o direito à *redução ou isenção da coima* que devesse ser aplicada a um operador económico em consequência de um processo de contraordenação instaurado pela AC com fundamento na existência de acordos, práticas concertadas ou decisões de associações entre esse operador e outro(s), que tenham como objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado nacional<sup>125</sup>. A designação do estatuto (da clemência) deve-se ao facto de a isenção ou redução da coima ocorrer devido à cooperação da empresa beneficiária com a AC, através da prestação de informações e fornecimento de elementos de prova que sugiram a existência de acordos ou práticas daquela natureza, nas quais, necessariamente, a mesma

---

<sup>121</sup> V. 9.406-1, (a) e 9.407-1, (b), (2) FAR. A lei procede a uma enumeração não exaustiva de vários fatores que devem ser tidos em conta na decisão de excluir um operador do procedimento (v.g. o grau de cooperação com as autoridades responsáveis pela investigação, o facto de ter havido uma reação disciplinar contra a pessoa que praticou a conduta infratora). Contrariamente ao que a lei prevê para a exclusão, em caso de suspensão, a autoridade *não tem o dever* de considerar as medidas de *self-cleaning* que eventualmente tenham sido adotadas, embora o possa fazer, se assim o entender.

<sup>122</sup> Art. 55.º/4, pg. 3.º.

<sup>123</sup> Arts. 75.º a 82.º LC. Refira-se que a nova LC, tendo como desiderato a harmonização com o regime de direito da UE, compreende alterações significativas nesta matéria, designadamente, a restrição do âmbito objetivo de aplicação (v. arts. 2.º da Lei 39/2006 (revogada), que estabelecia o regime da dispensa ou redução da coima por infrações às regras da concorrência, e 75.º da nova lei).

<sup>124</sup> No plano comunitário, o primeiro documento oficial sobre a “*leniency policy*” remonta a 1996 – Comunicação da CE sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas – JOCE C 207/4, de 18.7.96.

<sup>125</sup> Arts. 9.º LC e 101.º TFUE.

terá participado. Trata-se, por outras palavras, duma espécie de “prémio” ou “recompensa” pelo arrependimento da empresa, comprovado pela proatividade na colaboração com a AC<sup>126</sup>.

Não é, pois, difícil perceber o paralelismo que pode ser estabelecido entre o *self-cleaning* e o estatuto da clemência: o primeiro permite que operadores que tenham praticado certas infrações, legitimadoras da exclusão de procedimentos de adjudicação de contratos públicos, sejam admitidos nos mesmos, mediante a demonstração de que, no momento a que se reporta a admissão, já não subsiste motivo para impedir a sua participação; o segundo isenta de pena os infratores, em troca da denúncia de acordos ou práticas restritivas da concorrência em que os mesmos tenham participado, e colaboração na subsequente investigação encetada pela AC.

#### 2.1.4 Requisitos específicos

Como dissemos, os requisitos específicos dizem respeito à capacidade técnica e financeira dos operadores económicos<sup>127</sup>, e são concretamente definidos pela entidade adjudicante nos procedimentos que compreendem fase de qualificação, tendo em vista as especificidades do contrato que se pretende adjudicar.

A qualificação pode seguir dois modelos: simples ou complexo, sendo a opção por um ou outro totalmente discricionária (ANDRADE DA SILVA, 2010: 532). No modelo simples, passam à fase de apresentação das propostas todos os candidatos que preencham os *requisitos mínimos* de capacidade técnica e financeira<sup>128</sup>; no complexo, só são qualificados os candidatos *seleccionados* mediante o *critério da maior capacidade técnica e financeira*<sup>129</sup>. Assim, enquanto no primeiro modelo apenas se exige que os candidatos possuam os requisitos mínimos estabelecidos no programa do procedimento, no segundo, de entre os candidatos que possuem aqueles requisitos, só poderão apresentar propostas os que forem ordenados segundo o critério da maior capacidade

---

<sup>126</sup> Arts. 77.º e 78.º LC, relativos, respetivamente, aos requisitos para obtenção da isenção ou redução da coima.

<sup>127</sup> Apenas quando o anúncio do procedimento não for publicado no JOUE, *i.e.*, quando o valor do se situar abaixo dos limiares comunitários, pode o programa bastar-se com a prova da capacidade técnica ou da capacidade financeira do operador económico (art. 164.º/5).

<sup>128</sup> Art. 179.º/1.

<sup>129</sup> Art. 181.º/1/2.

(técnica e financeira), até perfazer o número de candidatos qualificáveis<sup>130</sup>, que deve ser indicado no programa do procedimento<sup>131</sup>.

Tanto os requisitos mínimos de capacidade técnica como os de capacidade financeira devem ser estabelecidos por referência à sua necessidade e adequação relativamente ao objeto do contrato a celebrar. Trata-se de uma exigência imposta pelos princípios da *proporcionalidade* e da *adequação*<sup>132</sup>, que se justifica inteiramente porquanto a fixação de tais requisitos, que os candidatos devem possuir sob pena de exclusão do procedimento, traduz-se numa verdadeira restrição à concorrência<sup>133/134</sup>. Deste modo, “a proporcionalidade afirma-se como uma norma reguladora da ponderação a efectuar entre os efeitos do princípio da concorrência e das normas atributivas da discricionariedade procedimental.”<sup>135</sup> Em termos análogos, preceitua o art. 165.º/5 que estes requisitos não devem ser fixados de forma discriminatória, o que decorre, aliás, do princípio geral da *não discriminação* na contratação pública<sup>136</sup>.

A capacidade financeira mínima dos candidatos é aferida mediante o recurso a uma fórmula matemática ( $V \times t \leq R \times f$ <sup>137</sup>), devendo, para tanto, o programa do procedimento indicar o valor económico estimado do contrato (“V”) e o fator “f”<sup>138</sup>. Além deste requisito, a entidade adjudicante pode exigir outros<sup>139</sup>, que “devem reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar.”<sup>140</sup>

Relativamente aos meios por que se pode comprovar a capacidade técnica e financeira, a Diretiva 2004/18 procede a uma enumeração taxativa dos mesmos nas diversas als. do seu art. 48.º/2, por contraste com o elenco meramente exemplificativo dos elementos comprovativos da capacidade financeira que consta do art. 47.º/1 daquele

---

<sup>130</sup> Regra não aplicável se os candidatos que preenchem os requisitos mínimos forem menos de cinco (art. 181.º/3/4).

<sup>131</sup> Art. 164.º/1-*m*), *ii*).

<sup>132</sup> Vertida no n.º 2 dos arts. 44.º e 48.º da Diretiva e nos n.ºs 1 e 3 do art. 165.º do CCP.

<sup>133</sup> Neste sentido, M. E R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2011: 454).

<sup>134</sup> Só podem, por isso, ser tidas em conta as atuais capacidades dos candidatos, não relevando o facto de um operador já ter sido qualificado num procedimento anterior aberto por aquela entidade adjudicante (ARROWSMITH, 1996: 716, 727).

<sup>135</sup> Ac. TCAN, P. 1327/09, de 22.4.10.

<sup>136</sup> Consagrado nos arts. 2.º da Diretiva 2004/18 e 10.º da Diretiva 2004/17.

<sup>137</sup> Sobre a aplicação desta fórmula, v. M. E R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2011: 463-4) e A. MARTINS (2008: 261).

<sup>138</sup> Art. 164.º/1-*i*).

<sup>139</sup> Art. 164.º/4.

<sup>140</sup> Art. 165.º/3.

diploma<sup>141</sup>. Com efeito, o art. 47.º/4 da Diretiva confere a possibilidade às entidades adjudicantes de escolherem “quaisquer outros elementos de referência” a apresentar pelos candidatos, além dos “elementos de referência” elencados no art. 47.º/1, enquanto o art. 48.º/6 se refere apenas aos elementos “previstos no n.º 2 que pretende obter”. Esta dualidade entre os elementos de prova das capacidades financeira e técnica foi eliminada com a Proposta de Diretiva, estabelecendo o seu art. 57.º/1, pg. 2.º o seguinte: “Contracting authorities shall not require means of proof other than those referred to in this Article”, e os n.ºs 3 e 4 daquele art., referentes à capacidade económica e à capacidade técnica, remetem para o elenco taxativo do Anexo XIV, Parte 1 e 2, respetivamente.

Assim, os elementos elencados exemplificativamente no art. 165.º/1, a considerar aquando da aferição da capacidade técnica, não são mais do que meros elementos de facto atinentes aos candidatos (C. VIANA, 2010: 175 e ss). As expressões usadas pelo legislador não permitem, aliás, outra interpretação: “experiência curricular”, “recursos humanos, tecnológicos, de equipamento (...) utilizados (...) pelos candidatos”, “capacidade dos candidatos de adotarem medidas (...)”. A aferição da capacidade técnica faz-se, então, atendendo a estes (e eventualmente a outros) elementos, mediante a análise dos documentos – estes, sim, meios de prova – exigidos no programa do procedimento, nos termos do art. 164.º/1-j), que não podem ser diferentes dos referidos na Diretiva (C. VIANA, 2010: 175 e ss).

Quanto à capacidade financeira, pode a entidade adjudicante exigir quaisquer elementos de prova, desde que respeite o princípio da proporcionalidade em relação ao objeto do contrato<sup>142</sup>. A Proposta contempla uma importante alteração nesta matéria, estabelecendo um limite ao volume anual mínimo de negócios que pode ser exigido aos

---

<sup>141</sup> V., sobre esta questão, os paradigmáticos Acs. TJ *Transporoute*, P. 76/81, de 10.2.82, e *Cei/Bellini*, P. 27 a 29/86, de 9.7.87.

<sup>142</sup> V., a propósito, Ac. TJUE, P. C-218/11, de 18.10.12, onde o Tribunal sufraga o seguinte entendimento: “esta liberdade [de escolha dos elementos comprovativos] não é ilimitada. Com efeito, nos termos do art. 44.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2004/18, um nível mínimo de capacidade deve estar ligado e ser proporcional ao objeto do contrato (...). Daqui se conclui que o ou os elementos (...) escolhidos por uma entidade adjudicante para formular um nível mínimo de capacidade económica e financeira devem ser objetivamente adequados a dar informação sobre esta capacidade por parte de um operador económico e que o limiar assim fixado deve ser ajustado à importância do contrato em questão, no sentido de que constitui objetivamente um índice positivo da existência de uma base económica e financeira bastante para levar a bom termo a execução deste contrato, sem, todavia, ir além do que é razoavelmente necessário para esse fim.” Na jurisprudência nacional, v. Ac. TCAN de 25.3.10, P. 1257/09, onde o tribunal considerou “desproporcionada a exigência (...) dum volume de negócios mínimo de € 15 000 000 (...) quando o contrato (...) tem um valor estimado de cerca de € 131 000”, e, nesse sentido, concluiu que a mesma é violadora dos princípios da proporcionalidade e da concorrência.

operadores económicos: duas vezes o valor estimado do contrato, exceto em casos devidamente justificados pela entidade adjudicante<sup>143</sup>.

Note-se que um dos fatores que tem sido apontado como obstrutivo do acesso das PME ao mercado dos contratos públicos é, precisamente, a fixação de requisitos de capacidade financeira muito elevados e – aqui reside o problema – desproporcionais relativamente ao valor do contrato<sup>144</sup>. Ora, considerando que na UE as PME constituem a maior fatia do setor empresarial, representando mais de 98% do mesmo, e que são responsáveis por cerca de 67% do emprego e 58% do VAB<sup>145</sup>, estamos em crer que a alteração contemplada na Proposta terá certamente repercussões de grande monta na economia europeia, já que facilitará a participação destas empresas nos procedimentos de contratação pública.

Por último, vejamos o problema do recurso a terceiras entidades para observância dos requisitos de capacidade técnica e financeira, abordado pela primeira vez no Ac. do TJ “*Ballast Nedam*”, de 14.4.94<sup>146</sup>, cujo *thema decidendum* residia em saber se as Diretivas comunitárias<sup>147</sup> permitiam a consideração das capacidades dos membros de um grupo, sendo o candidato a empresa dominante desse grupo. O TJ entendeu que o direito comunitário não se opunha a tal situação, apenas sublinhando a necessidade de verificar a observância dos requisitos de capacidade técnica e financeira relativamente aos membros do grupo em questão, ou seja, a empresa dominante devia demonstrar que pode dispor dos meios técnicos e/ou financeiros dos membros do grupo<sup>148</sup>.

Uma década depois, esta jurisprudência, seguida noutros arestos<sup>149</sup>, acabou por ser positivada nos arts. 47.º/2 e 48.º/3 da Diretiva 2004/18, nos termos dos quais, os

---

<sup>143</sup> Art. 56.º/3, pg. 2.º da Proposta.

<sup>144</sup> V. CE (2011), Proposta (p. 12), WILLIAMS (2008: 2), KENNEDY-LOEST (2007: 7), TRIANTAFYLLOU/MARDAS (1995: 9).

<sup>145</sup> Dados de 2012 (ECORYS, 2012).

<sup>146</sup> P. C-389/92; v. tb. o segundo Ac. proferido no âmbito deste caso, em 18.12.97, P. C-5/97.

<sup>147</sup> Diretivas 71/305/CEE e 89/440/CEE.

<sup>148</sup> N.ºs 14, 15, 16 e 17 do Ac.

<sup>149</sup> Acs. *Holst Italia*, P. C-176/98, de 2.12.99, e *Siemens*, P. C-314/01, de 18.3.04.

Refira-se que o TJ foi instado a pronunciar-se, pelo nosso STA, sobre a obrigatoriedade da aplicação pelos Estados-Membros do art. 47.º/2 da Diretiva 2004/18 relativamente aos contratos de serviços enumerados no anexo II B. O Tribunal respondeu negativamente à questão, considerando, porém, que, não obstante não existir essa obrigatoriedade, a “Diretiva não impede os Estados-Membros e, eventualmente, as entidades adjudicantes de preverem, respetivamente, na sua legislação e na documentação relativa ao contrato, a sua [do art. 47.º/2] aplicação” – Acs. TJUE, P. C-95/10, de 17.3.11, e STA, P. 1108/09, de 7.6.11.

operadores económicos podem recorrer às capacidades (quer técnicas, quer financeiras) de outras entidades, “independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas”, contanto que prove que disporá efetivamente dos meios dessas entidades<sup>150</sup>.

Não obstante estas normas comunitárias, o legislador nacional restringiu o recurso à capacidade financeira de terceiros ao modelo simples de qualificação e, dentro deste, à hipótese de apresentação de declaração bancária que prove que certa instituição de crédito atribui ao candidato financiamento que lhe permita executar integralmente as prestações decorrentes do contrato ou, tratando-se de um agrupamento, se um dos seus membros for uma instituição de crédito<sup>151</sup>. Porém, devido ao primado do direito comunitário relativamente ao direito interno, os candidatos devem poder recorrer à capacidade financeira de outrem nas mesmas condições que o podem fazer quanto à capacidade técnica (M. e R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2011: 462; C. VIANA, 2010: 184).

Neste particular, a Proposta contempla algumas novidades: a entidade adjudicante pode exigir, relativamente à capacidade financeira, que o operador económico e o terceiro partilhem a responsabilidade pela execução do contrato<sup>152</sup>, e, tratando-se de contratos de empreitada, de serviços e de operações de montagem/instalação no quadro de contratos de fornecimento, que as tarefas “críticas” sejam executadas pelo próprio proponente ou, tratando-se de um agrupamento, por certo membro do mesmo<sup>153</sup>.

Atentemos, por fim, na *exclusão das candidaturas*, que ocorre após a sua análise – na qual apenas se verifica se estas preenchem os requisitos mínimos<sup>154</sup> – e a subsequente aplicação às mesmas do critério de qualificação<sup>155</sup>. O que aqui nos interessa realçar não são os motivos que podem conduzir à sua exclusão<sup>156</sup>, mas a circunstância de que pelo ato da exclusão está a *delimitar-se o universo concorrencial*. Ora, esta delimitação mais não é do que o resultado de uma regulação exercida em dois

---

<sup>150</sup> V. o paradigmático Ac. *Siemens*, no qual o Tribunal concluiu que “uma pessoa que invoque as capacidades (...) de terceiros aos quais tenciona recorrer se o contrato lhe for adjudicado apenas pode ser afastada se não conseguir demonstrar que dispõe efetivamente dessas capacidades.”

<sup>151</sup> Art. 179.º/3.

<sup>152</sup> Art. 62.º/1, pg. 3 da Proposta.

<sup>153</sup> Art. 62.º/2 da Proposta.

<sup>154</sup> Art. 178.º/1.

<sup>155</sup> Art. 184.º/1. Trata-se de uma avaliação, que deve ser efetuada segundo o preceituado no art. 165.º e de acordo com procedimento especificado nos arts. 179.º ou 181.º, consoante tenha sido adotado o modelo simples ou complexo.

<sup>156</sup> Que, além da não qualificação pela inobservância dos requisitos mínimos ou da exclusão de acordo com o critério escolhido ao abrigo do modelo complexo, são os elencados no art. 184.º/2.

tempos: primeiramente, por mão do legislador, que estabelece os requisitos gerais de entrada num procedimento de contratação pública, e, num momento posterior, pela própria entidade adjudicante, através da fixação de certos requisitos de capacidade técnica e financeira.

De tudo quanto se disse no ponto que ora se encerra extraem-se três conclusões fundamentais:

- (1) o processo de entrada dos operadores económicos no mercado da contratação pública compreende dois momentos: a abertura de um procedimento para a formação de um contrato público, ao que se segue, por parte dos operadores económicos interessados, a manifestação da intenção de nele participar, através da apresentação de propostas ou, se o procedimento compreender fase de qualificação, mediante a apresentação de candidaturas;
- (2) tanto as exigências normativas como as procedimentais funcionam como filtros (sucessivos) à entrada no mercado, e, nessa medida, configuram verdadeiros níveis regulatórios do mesmo;
- (3) o mercado da contratação em sentido estrito, aquele sobre o qual recairá a escolha pública, dá-se por formado, nos procedimentos com fase de qualificação, a partir do momento em que os candidatos são qualificados, e, nos procedimentos em que não existe tal fase<sup>157</sup>, com a apresentação das propostas.

Aqui chegados, está *delimitado o universo concorrencial efetivo* do mercado da contratação pública *stricto sensu*, dele fazendo parte os concorrentes que possuem os requisitos gerais, *i.e.*, concorrentes habilitados, ou os operadores que possuem os requisitos específicos, *i.e.*, candidatos qualificados. Todavia, em bom rigor, sendo os

---

<sup>157</sup> Quanto à dúvida sobre a existência de mercado no procedimento de ajuste direto, há que ter em conta que a mesma só se coloca quando a entidade adjudicante convida apenas uma entidade. Contudo, consideramos que também aqui se pode falar em mercado, pois não é líquido que a entidade convidada venha efetivamente a celebrar contrato com a Administração (*v.* a causa de não adjudicação especificamente prevista para esta situação – art. 79.º/1-*e*)), e, nesse sentido, não se trata de uma “batalha ganha”, tendo aquela de provar que merece a adjudicação, ainda que o faça sem concorrência direta.

candidatos qualificados verdadeiros concorrentes, o correto é dizer-se que o *universo concorrencial efetivo* é formado por todos os concorrentes admitidos/convidados a apresentar propostas.

## **2.2 Segundo nível: a exclusão de propostas. A dinâmica do mercado da contratação pública**

Como dissemos anteriormente, o mercado da contratação pública tem início com a apresentação das propostas ou logo que se conheçam os candidatos qualificados, tal significando que são estes operadores que constituem o *universo concorrencial efetivo*.

De uma perspetiva regulatória e de controlo, vimos que até ao momento de formação do mercado da contratação pública propriamente dito (*stricto sensu*) intervém o nível normativo-regulamentar, é dizer, o legislador e a entidade adjudicante.

Vamos agora debruçar-nos sobre a dinâmica deste mercado, *i.e.*, com o seu universo concorrencial delimitado e já depois de apresentadas as propostas. No fundo, vamos observar o mercado da contratação pública *stricto sensu* no seu estado puro: já depois de formado, mas ainda não saneado, ou seja, sem que tenham sido selecionadas as propostas aptas a passar à fase de avaliação.

### **2.2.1 Causas de exclusão das propostas**

Dispõe o art. 70.º/2, nas suas diversas alíneas, as circunstâncias – de carácter material<sup>158</sup> – perante as quais as propostas devem ser excluídas: a ausência de um dos atributos, a apresentação de atributos que violem os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou de termos ou condições que violem aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência, a impossibilidade de avaliação da proposta devido à forma de apresentação de algum dos atributos, o preço contratual ser superior ao preço base, o preço total ser anormalmente baixo, o facto de o contrato a celebrar implicar a violação

---

<sup>158</sup> M. E R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2011: 924).

de normas legais ou regulamentares, e a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear a concorrência.

Por sua vez, o art. 146.º/2 estabelece outros fundamentos – formais<sup>159</sup> – de exclusão das propostas, a maioria dos quais coincidentes com os que determinam a exclusão das candidaturas<sup>160</sup>. No entanto, alguns desses motivos de exclusão têm uma finalidade exclusivamente direcionada para as propostas<sup>161</sup>.

Além destas, existem ainda “causas avulsas”, constantes do CCP e de outros diplomas, e “causas atípicas” de exclusão<sup>162</sup>, porém, por razões de economia de texto, ater-nos-emos somente às causas materiais de exclusão, e, dentro destas, às que se nos afiguram mais pertinentes<sup>163</sup>.

Começando pelo art. 70.º/2-a) – *a ausência de um dos atributos* –, façamos o seguinte raciocínio: se um atributo da proposta é o “elemento ou característica da mesma que diga respeito a um aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos”<sup>164</sup> é fácil concluir que são os atributos que diferenciam as propostas umas das outras, sendo que são essas diferenças que determinam que as pontuações parciais atribuídas aos fatores e subfatores sejam diferentes e, conseqüentemente, seja diferente a pontuação global de cada proposta. Isto demonstra a essencialidade dos atributos, que são, afinal, os termos em que os operadores se dispõem a contratar, pelo que a falta de um desses termos deve, obviamente, determinar a exclusão da respetiva proposta.

Certo é que pode questionar-se, de *iure condendo*, se não deveria dar-se a oportunidade de sanar esta irregularidade; contudo, julgamos que tal brigaria com o

---

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> Referimo-nos aos fundamentos das als. *a, b, c, d, e, l e m* do referido 146.º/2.

<sup>161</sup> Os fundamentos que constam das als. *f, g, h, i, n e o* daquele art..

<sup>162</sup> Esta é a taxonomia proposta por M. E R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2011: 924-6): quanto às causas avulsas, os autores referem, *v.g.*, as dos arts. 152.º/3 e 241.º/4; já às atípicas, “conseqüentes da inobservância de regras legais imperativas (...) mas cuja inobservância não vem expressamente sancionada na lei com a medida de exclusão”, serão, *v.g.*, a apresentação de propostas em “violação manifesta e ponderosa (...) dos princípios essenciais dos procedimentos de contratação pública.”

<sup>163</sup> Excluiremos da nossa análise as als. *c e d*, pois a *ratio* de cada uma é clarividente: quanto à primeira, se é impossível proceder à avaliação de certa proposta, parece óbvio que aquela deve ser excluída; quanto à segunda, parece-nos igualmente óbvio que, se o preço base é, nos termos do art. 47.º/1, “o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar”, seja excluída uma proposta cujo preço contratual seria superior ao preço base.

<sup>164</sup> Art. 56.º/2.

princípio da igualdade, pois o operador em causa disporia de mais tempo para elaborar a sua proposta do que os outros concorrentes.

A *violação dos parâmetros base* fixados no caderno de encargos também origina a exclusão da proposta, o que não é difícil de compreender: se a entidade adjudicante optou por estabelecer certos limites (mínimos ou máximos) a um determinado aspeto da execução do contrato submetido à concorrência, tais limites devem ser respeitados pelos operadores aspirantes a adjudicatários<sup>165</sup>.

Também a exclusão de propostas cujos *termos ou condições violem aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência*<sup>166</sup> se percebe facilmente, pois que estes ou são prévia e imperativamente fixados no caderno de encargos ou lhes são atribuídos limites mínimos e/ou máximos, podendo os operadores oferecer diferentes condições (ainda que tais aspetos não estejam submetidos à concorrência). Assim, a admissão de uma proposta que violasse esta regra implicaria, como explicam M. E R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2011: 933), “uma de duas alternativas juridicamente ilegítimas”: ignorar-se um aspeto da execução do contrato considerado imperativo pelo caderno de encargos ou ter-se por não escrito um termo que o operador quis inserir na sua proposta.

Atentemos agora na al. *e* do normativo em análise, que estatui a exclusão das propostas cujo *preço seja anormalmente baixo*, mediante a verificação de uma das seguintes circunstâncias: não terem sido apresentados os documentos justificativos do respetivo preço, ou a justificação apresentada não ter sido aceite pela entidade adjudicante<sup>167/168</sup>.

---

<sup>165</sup> Art. 70.º/2-*b*).

<sup>166</sup> Art 70.º/ 2-*b*).

<sup>167</sup> Com efeito, há casos em que as propostas anómalas são passíveis de identificação, *a priori*, pelos próprios operadores económicos – quando a entidade adjudicante tenha fixado o limiar abaixo do qual o preço é anormalmente baixo (no convite ou no programa do procedimento), ou, supletivamente, e caso o preço base tenha sido estabelecido no caderno de encargos, pela aplicação dos critérios constantes do art. 71.º/1 –, quer nos casos em que essa identificação resulte de uma decisão discricionária da entidade adjudicante (hipótese do art. 71.º/2).

Em qualquer caso, os concorrentes cujas propostas sejam anormalmente baixas devem apresentar os elementos justificativos desse preço, remetendo-os juntamente com a proposta, quando, pela aplicação dos critérios do art. 71.º/1, saibam que a mesma será considerada anómala, conforme disposto no art. 57.º/1-*d*); ou, caso essa qualificação se deva a uma decisão discricionária da entidade adjudicante, apresentando-os quando para tal forem instados, nos termos do art. 71.º/3.

<sup>168</sup> A apreciação dos mencionados elementos justificativos deve ser prosseguida no cumprimento dos princípios da imparcialidade e da concorrência, designadamente mediante a consideração dos critérios enumerados de forma não exaustiva no art. 71.º/4.

Vigora neste âmbito o *princípio comunitário da proibição de exclusão automática das propostas de preço anormalmente baixo*, acolhido no art. 71.º/3, o que não invalida, como nota GRAELLS (2013: 3), que a identificação de tais propostas seja efetuada através da utilização de critérios automáticos (como é o caso do CCP – art. 71.º/1).

Sendo certo que a apresentação de propostas com preços muito inferiores aos praticados pelos fornecedores desse mercado em condições (aparentemente) idênticas, não é um problema novo, a verdade é que, devido à conjuntura económica que se vive na Europa desde 2008 e à consequente diminuição do *procurement* público<sup>169</sup>, a maioria dos países europeus representa um terreno fértil para a proliferação de propostas deste tipo<sup>170</sup>. Assim, e na medida em que estas propostas (anómalas) representam perigo para o interesse público, seria importante existir uma definição homologada de “preço anormalmente baixo” que vigorasse em todos os Estados-membros, contribuindo para o aumento da transparência e da confiança no procedimento de contratação pública<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Sobre este tema, v. P. M. PEREIRA / J.S. FRANCO (2013: 143-65).

<sup>170</sup> Alertando para este problema, WOLFENDEN/MORGAN (2013: 10-2).

<sup>171</sup> A proposta de Diretiva, na sua redação original, apresentava alterações significativas neste âmbito, estabelecendo requisitos cumulativos para que o preço fosse considerado anormalmente baixo (ser inferior ao *preço médio* das restantes propostas em mais de 50%, ser inferior ao preço da segunda proposta mais baixa em mais de 20%, e terem sido apresentadas pelo menos cinco propostas), deixando ainda à entidade adjudicante a faculdade de considerar as propostas anormalmente baixas por outros motivos. Porém, estes requisitos de verificação cumulativa foram eliminados pelo Parlamento e pelo Conselho, mantendo-se, assim, a redação da futura Diretiva praticamente inalterada face à da atual.

A hipótese da média dos preços das propostas apresentadas relevar para efeito de determinação do limiar do preço anormalmente baixo encontra-se consagrada no direito italiano desde 1998 (atualmente, no art. 86.º/1 do CCPi). O direito italiano prevê, pois, um critério de determinação automática daquele limiar, cuja aplicação só é válida quando o critério de adjudicação seja o do preço mais baixo, e a sua conformidade com o direito comunitário foi já objeto de apreciação pelo TJ, naquele que é, ainda hoje, o caso-paradigma nesta matéria: *Lombardini e Mantovani* (Ac. TJCE, P. C-285/99 e C-286/99, de 27.11.01).

Um dos problemas que neste aresto se apontava à utilização dum critério desse tipo residia no facto de aos operadores estar vedada a possibilidade de conhecer o limiar do preço anormalmente baixo antes de todas as propostas serem apresentadas. O TJ entendeu que um tal critério não é incompatível com o direito comunitário, “desde que, porém, o resultado a que leva a aplicação desse critério não seja intangível e que a exigência de verificação contraditória dessas propostas (...) seja cumprida.”

Também entre nós os tribunais não são alheios a esta temática, cuja consideração assume grande destaque, mormente face aos riscos da aplicação acrítica dos critérios do art. 71.º/1. Com efeito, conforme concluiu o TCAS, no Ac. proferido no âmbito do P. 8460/12, em 23.2.12: “[n]em sempre a um preço anormalmente baixo obtido por aplicação do disposto no art.º 71.º, n.º 1, do CCP, corresponde um preço anormalmente baixo segundo a lógica do mercado”, o que poderá ocorrer, v.g., “quando se constata que o preço base é anormalmente alto, isto é, quando é substancialmente mais elevado que a média dos preços de todas as propostas apresentadas”. Nesses casos, “a diferença entre o mais baixo preço proposto e o preço base não legitima uma conclusão automática de se estar perante uma proposta de preço anormalmente baixo segundo a lógica de mercado”.

É notória na argumentação do tribunal a preferência por um critério legal que atenda expressamente à média dos preços das propostas apresentadas, pois “admitindo que todos e cada um dos concorrentes pretendem que lhes seja adjudicado o contrato e obter lucro, que não há concertação entre eles, o preço razoável, normal, equilibrado de um procedimento concursal corresponde à média dos preços propostos

Com efeito, o problema das propostas anormalmente baixas coloca-se não apenas ao nível da tensão entre o interesse da entidade adjudicante em contratar ao menor preço (que, em última instância, é também o interesse dos contribuintes) e o interesse público em que o contrato seja pontualmente cumprido<sup>172</sup>, mas contende, outrossim, com os interesses dos restantes operadores que atuam no mercado, pois, não raras vezes, tais propostas configuram verdadeiras manobras de *dumping*. O que significa, necessariamente, que esse concreto mercado se encontra numa situação anticoncorrencial. Dito isto, impõe-se que algumas considerações sejam expendidas.

Ora, apesar de a *ratio* desta causa de exclusão ser a preservação de uma sã concorrência, e (quanto a nós), mais importante, a proteção do interesse público (quer na sua dimensão mais imediata, que cura da boa execução do contrato, quer, numa

---

pelos vários concorrentes, ou seja, equivale ao preço que um contraente de diligência e conhecimentos médios, colocado na posição da entidade adjudicante, estaria disposto a pagar.”

Em sentido diverso, J. AMARAL E ALMEIDA (2010: 113) critica a opção do legislador italiano, defendendo que o conhecimento prévio daquele limiar confere “total transparência a este aspecto do procedimento”.

Por nossa parte, entendemos que apesar de o risco de conluio entre os concorrentes ser superior nos casos em que se adote um critério de determinação do limiar do preço anormalmente baixo baseado no preço médio das propostas concretamente apresentadas, esta solução não é de afastar liminarmente, antes devendo ponderar-se os prós e os contras da sua consagração nos ordenamentos jurídicos nacionais, face aos concretos problemas suscitados pelos critérios que neles vigoram. É que, como é bom de ver, os operadores económicos podem recorrer a mecanismos de concertação quer desconheçam aquele limiar, combinando entre si os preços das respetivas propostas, a fim de manipularem a determinação do preço médio e, conseqüentemente, a do limiar do preço anormalmente baixo, quer o conheçam de antemão, se a sua vontade for, efetivamente, a de constituir tal acordo (cartel), viciando, assim, a adjudicação. A diferença reside, portanto, unicamente no facto de que, quando o estabelecimento do dito limiar depende do preço médio das propostas concretamente apresentadas, a concertação visa diretamente o estabelecimento desse limiar e apenas indiretamente o “resultado final” do procedimento, *i.e.*, a adjudicação de certa proposta. Por outro lado, quando aquele limiar é conhecido dos concorrentes, a existir conluio, o seu propósito imediato é, já, a manipulação da adjudicação, apresentando todas as propostas com preço anormalmente baixo, exceto aquela que pretendem que seja a adjudicada.

Abstendo, todavia, destas considerações conjeturais, e limitando-nos à análise do quadro legislativo nacional, cremos que a consagração do referencial “*preço médio das propostas*” em substituição do “*preço base*” poderia eventualmente trazer vantagens sobre o atual estado da arte do CCP nesta matéria, *maxime* nos casos em que a identificação das propostas de preço anormalmente baixo advém de uma decisão (totalmente) discricionária da entidade adjudicante (o que acontecerá, como já foi dito *supra*, quando não houve fixação do limiar do preço anormalmente baixo, nem tenha sido estabelecido preço base no caderno de encargos). E a razão é simples: o aumento da transparência e a redução da margem de discricionariedade da entidade adjudicante nos casos em que não tenha pré-fixado o dito limiar nem o preço base.

Convém, contudo, clarificar que não somos avessos a que a entidade adjudicante conserve o poder discricionário de excluir propostas com fundamento no seu preço anormalmente baixo, contanto que não o faça sem ter solicitado os respetivos elementos justificativos, e, obviamente, alicerçando a sua decisão na fundamentação devida; afinal, ninguém (nem o legislador) se encontra em melhor posição do que a entidade adjudicante para avaliar as propostas que lhe são apresentadas, propostas essas que visam suprir necessidades abertas à concorrência por aquela mesma entidade. Consideramos, no entanto, que o valor da transparência sairia a ganhar se a determinação do referido limiar tivesse como referencial o preço médio das propostas em vez do preço base, sem prejuízo de a entidade adjudicante poder fixá-lo previamente no convite ou no programa do procedimento.

<sup>172</sup> Denunciando a tensão entre estes dois pólos, J. AMARAL E ALMEIDA (2010: 90).

perspetiva mediata e consequencial, repercutindo-se na gestão do erário público e no bem estar social), o conceito de preço anormalmente baixo de que aqui cuidamos não se confunde com o significado que o mesmo assume no direito da concorrência. Com efeito, um preço que é tido por anormalmente baixo no direito da contratação pública poderá ser, nos parâmetros do direito da concorrência, um preço altamente competitivo<sup>173</sup>.

A veracidade da afirmação precedente não invalida o facto de, tanto no direito da contratação pública como no direito da concorrência, o substrato do problema inerente a este tipo de preços ser o mesmo, ainda que com diferentes consequências, naturalmente. Ora vejamos.

Os preços praticados por certa empresa face a um determinado produto presumem-se predatórios (abusivos) quando forem inferiores à média dos custos variáveis (custos que variam em função da quantidade), e isto porque, “[u]ma empresa dominante não tem, efectivamente, nenhum outro interesse em praticar tais preços, que não seja o de eliminar os seus concorrentes para poder, a seguir, aumentar os preços utilizando a situação de monopólio”<sup>174</sup>. Por seu turno, quando um concorrente oferece um preço anormalmente baixo, ou o faz por motivos que não comprometem a seriedade desse preço (v.g. a subjacência dum auxílio estatal lícito), ou tem necessariamente em mira o seu subsequente (pós adjudicação) incremento – ao abrigo da figura da revisão de preços –, pois, convenhamos, numa conjuntura de mercado “normal” (excluindo ações de mecenato, v.g. o fornecimento de material informático por uma empresa do ramo a uma escola pública) nenhum operador económico fornece bens/serviços sabendo, *a priori*, que não vai obter lucro.

Daqui decorre que, tanto num caso como noutra, por trás de um preço “muito apetecível” pode estar uma estratégia “predadora” do operador económico para afastar a

---

<sup>173</sup> No direito da concorrência, o equivalente ao preço anormalmente baixo é o *preço predatório*. No entanto, ainda que este paralelismo possa ser estabelecido, aqueles conceitos não podem ser aferidos segundo a mesma unidade de medida. Por outras palavras: são conceitos comparáveis linguística, mas não tecnicamente. Isto equivale a dizer que um preço considerado anormalmente baixo por uma entidade adjudicante, legitimador da exclusão da respetiva proposta, não será necessariamente um preço predatório se for praticado num mercado comercial comum (*i.e.* em que não atua o comprador público), e, consequentemente, não legitimará a aplicação da correspondente sanção. Sobre os preços predatórios, v., v.g., M. MOURA E SILVA (2010: 201 e ss), e BORDALO JUNQUEIRO (2012) e Acs. TJUE *Akzo/Comissão*, P. C-62/86, 3.7.91, *Tetra Pak II*, P. C-333/93, 14.11.96, e *Post Danmark/ Konkurrenceråde*, P. C-209/10, 27.3.12.

<sup>174</sup> V. Ac. *Akzo/Comissão* (já referido), n.º 71. Diferentemente, quando o preço for inferior aos custos totais, mas superior aos variáveis, o TJ considera que é necessário demonstrar a intenção de eliminação da concorrência (n.º 72 do Ac.).

concorrência, seja para monopolizar o mercado, seja para conseguir a adjudicação de um contrato.

Traçado este paralelismo, e porque o tema convoca necessariamente esta conclusão – pondo em destaque os problemas associados a um preço demasiado baixo – , cumpre sublinhar, uma vez mais, a importância do passo em frente que a Proposta de Diretiva acabou de dar no direito comunitário da contratação pública ao abolir o preço mais baixo como critério de adjudicação, erigindo a proposta economicamente mais vantajosa a critério de adjudicação único. Trata-se, no fundo, de olhar a meios – atuando de acordo com o *princípio da boa Administração* – para atingir os fins – a *prosecução do interesse público*.

Detenhamo-nos, por fim, na causa de exclusão prevista no art. 70.º/2-g): “[a] existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência”.

Contrariamente ao que sucede no âmbito das propostas de preço anormalmente baixo, não existe nas Diretivas comunitárias da contratação pública qualquer disposição direcionada ao controlo de *propostas atentatórias das regras da concorrência*. O nosso legislador não foi, apesar disso, absolutamente inovador, na medida em que o dever de excluir tais propostas decorria já da cláusula geral consagrada no art. 101.º do TFUE<sup>175</sup>, segundo a qual “[s]ão incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência”<sup>176/177</sup>.

Os alicerces da ponte entre concorrência e contratação pública podem ser sintetizados numa frase de SHERMAN (2008:1): “Life in a market economy leaves the regulation of economic activity largely to the forces of competition.” O problema é que “as forças da concorrência” são muitas vezes de sinal contrário à força do interesse público, comprometendo, assim, a realização dos objetivos que presidiram à decisão de

---

<sup>175</sup> Professando este entendimento, TRIANTAFYLLOU (1996: 71-3).

<sup>176</sup> E não é necessário realizar um grande esforço argumentativo a favor deste entendimento, bastando recordar a obrigação que recai sobre os Estados-Membros de adotarem as medidas gerais ou específicas que assegurem o cumprimento dos Tratados (art. 4.º/3 TUE).

<sup>177</sup> Para uma análise sobre a aplicação deste artigo à contratação pública, v. L. MORAIS/N. RODRIGUES (2013: 101-12).

contratar. É o que acontece, quer no caso da apresentação de um preço anormalmente baixo, quer na adoção de acordos ou práticas restritivas da concorrência.

Por razões de economia de texto, e uma vez que o conceito de atos, acordos, práticas e informações foram já explicitados de forma esclarecedora por alguns autores<sup>178</sup>, deixaremos apenas uma breve nota com o intuito de clarificar as expressões usadas pelo legislador naquele preceito: “*fortes indícios*” e “*suscetíveis de falsear as regras da concorrência*”.

Pois bem, através do adjetivo “fortes” o legislador deixou clara a sua intenção delimitadora quanto aos factos passíveis de configurar indícios de condutas anticoncorrenciais. Destarte, não são elegíveis como defraudantes da concorrência circunstâncias ou factos hipotéticos, como a ilação de que duas empresas atuam em conluio tendo em vista favorecer a adjudicação a uma delas extraída do facto de aquelas se encontrarem em relação de domínio ou pertencerem ao mesmo grupo<sup>179</sup>. É, pois, necessário, à luz do art. 70.º/2-g), que a decisão de exclusão da proposta seja baseada em indícios mensuráveis, passíveis de fundamentar um juízo suficientemente seguro quanto à existência de determinadas circunstâncias anticoncorrenciais. Bem se compreende a contenção da lei na aplicação desta causa de exclusão: é que, não sendo o júri do procedimento a entidade melhor habilitada para aferir a compatibilidade, ou não, de determinada circunstância com as regras da concorrência, tal juízo será elaborado mais segundo padrões de razoabilidade e da experiência comum, do que propriamente fazendo uso de competências técnicas<sup>180</sup>.

Questão interessante é a de saber se, nos casos em que os concorrentes cujas propostas forem excluídas impugnarem o ato administrativo de exclusão com fundamento no facto de os acordos ou as práticas por eles adotadas se encontrarem justificados ao abrigo dos arts. 10.º/1 da LC e do 101.º/3 do TFUE<sup>181</sup>, o tribunal pode

---

<sup>178</sup> V., v.g., C. CAMACHO (2013: 216-28) e J. MOREIRA (2010: 214-41).

<sup>179</sup> Os tribunais portugueses têm sido chamados a pronunciarem-se sobre casos deste tipo, sendo a jurisprudência unânime na sua resolução. V. Ac. STA, P. 851/10, de 11.1.11, deixou clara a sua posição: “a LC não estabelece qualquer presunção (...) de que da simples relação de domínio entre as empresas resulte o falseamento das regras de concorrência, antes exigindo que existam (...) situações reais e não meramente hipotéticas ou potenciais, que possam ser precisamente objectivadas como tendo levado a prejudicar essa concorrência. E foi também essas situações que o CCP visou evitar”. V. tb. Acs. STA, P. 5806/09, de 25.3.10, e, P. 17/11, de 31.3.11.

<sup>180</sup> Tb. assim, J. MOREIRA (2010: 209-10).

<sup>181</sup> Estes preceitos estabelecem uma causa de exclusão da ilicitude de certos acordos anticoncorrenciais. No entanto, mesmo que se verifiquem os três requisitos cumulativos de que depende a aplicação de tal causa de exclusão, a AC pode, ao abrigo da redação do art. 10.º/1 da LC, considerar que a configuração do caso concreto justifica que se mantenha o juízo de ilicitude do acordo ou da prática concertada, caso

sindicar aquela decisão do órgão competente para a decisão de contratar<sup>182/183</sup>. Num caso destes estaria em causa uma impugnação por *ilegalidade da valoração* da proposta – valoração que concluiu pela existência de fortes indícios de que subjacente a tal proposta estão factos/acordos suscetíveis de distorcer a concorrência. Estamos, pois, no campo da liberdade avaliativa da Administração, que não se confunde com o conceito técnico-jurídico de discricionariedade, antes caindo no âmbito do que a doutrina designa *de margem de livre apreciação*<sup>184</sup>. Sucede, porém, que a formulação deste juízo avaliativo compreende dois momentos: o da avaliação de que determinados factos, reputados de indícios, fundamentam o juízo de que existe a suscetibilidade de distorcer a concorrência e o da aferição da suficiência de tais indícios. Quanto ao último momento, que representa o preenchimento do conteúdo de um conceito indeterminado (“fortes”), a possibilidade de sindicância tem de ser ponderada *cum grano salis*, na medida em que é reconhecida à Administração uma margem relativamente ampla neste

---

em que a AC encetará processo de contraordenação relativamente às empresas implicadas – sobre o procedimento sancionatório por infrações ao direito da concorrência, v. PAULO MENDES (2009: 705-20), texto escrito ainda no âmbito da anterior LC, mas que mantém utilidade para compreensão da problemática geral inerente a este tema.

Note-se, ainda, que a LC e o TFUE cominam com a nulidade tais práticas ou acordos (arts. 10.º/2 e 101.º/2, respetivamente.).

<sup>182</sup> A *proposta de exclusão* consta do relatório final elaborado pelo júri, porém, a decisão final de exclusão dessas propostas é do órgão competente para a decisão de contratar (art. 148.º/3/4).

<sup>183</sup> Cumpre lembrar que os concorrentes têm sempre oportunidade, antes da decisão final de exclusão, de contraditar a proposta de exclusão efetuada pelo júri no relatório preliminar (art. 121.º) em sede de audiência prévia (art. 123.º) – isto é assim *independentemente do fundamento apresentado para a exclusão*. Por conseguinte, se o júri mantiver a sua proposta de exclusão após conhecer as justificações do concorrente, e se, em consequência de tal facto, o órgão competente para a decisão de contratar aprovar a proposta de exclusão (148.º/4), ao concorrente em causa só resta a resignação ou a impugnação (judicial) do ato administrativo (final) de exclusão (do qual teve conhecimento aquando da notificação da decisão de adjudicação, nos termos do art. 77.º/1/4).

A propósito, sobre a questão da impugnabilidade da *proposta de exclusão* enquanto ato administrativo ineficaz, na medida em que a sua eficácia depende da ulterior aprovação do órgão competente para contratar, v. Ac. TCAN, P. 382/09.9BEMDL, de 1.7.10. Trata-se de uma impugnação em sede de contencioso pré-contratual (art. 100.º e ss CPTA), que, embora categoricamente classificado de urgente, pode não ser suficientemente – ou, antes, eficazmente – célere para obviar ao efeito indesejado – a exclusão efetiva do concorrente reclamante e a consequente adjudicação do contrato a outro concorrente. Deste modo, é de todo conveniente que o concorrente lesado requeira providência cautelar tendente à suspensão do procedimento adjudicatório, nos termos do art. 132.º/1 CPTA. Ainda assim, o contrato pode vir a ser celebrado, caso a entidade adjudicante alegue, mediante resolução fundamentada, que do diferimento da execução do ato resultaria grave prejuízo para o interesse público (art. 128.º/1 CPTA), pois, como escreveu VIEIRA DE ANDRADE (2012: 267), “a contratação pública é, por vezes, mais urgente que o processo impugnatório”.

Pode também ser o próprio juiz a considerar que na ponderação dos interesses em presença, será preferível não conceder a providência (art. 132.º/6 CPTA). Assim, se o inevitável acontecer, pode advir a ampliação do objeto do processo, que se estenderá à impugnação do próprio contrato (art. 63.º/1/2, *ex vi* 102.º/4 CPTA).

<sup>184</sup> REBELO DE SOUSA/SALGADO MATOS (2004: 183-8), M. E R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2011: 955). Não se tratando de atividade discricionária, não colhe, desde logo, nesta sede, o entendimento professado por alguma jurisprudência (Ac. TCAN, P. 1064/11, de 2.3.12), e contradito por certa doutrina (REBELO DE SOUSA/SALGADO MATOS (2004: 181), NOGUEIRA DE BRITO (1994), SOUSA (1987: 307)), segundo o qual, a designada discricionariedade técnica não admite sindicância jurisdicional.

tipo de tarefa. Contudo, a elaboração do juízo avaliativo de que uma certa proposta é suscetível de falsear a concorrência demanda a aplicação de especiais conhecimentos técnico-jurídicos.

Ora, como é bom de ver, o júri do procedimento não possuirá, à partida, competência técnica adequada para proferir um juízo infalível quanto à suscetibilidade de determinado ato, acordo, prática ou informação falsear as regras da concorrência (J. MOREIRA, 2010: 210; PESSANHA/D'OLIVEIRA MARTINS/RODRIGUES, 2008: 175).

Contudo, e na medida em que o legislador coloca sob a sua alçada a fase de “saneamento” das propostas, e, em concreto, o investe no dever de excluir aquelas sobre as quais paira a forte suspeita de veicularem potenciais efeitos anticoncorrenciais, dispõe o júri da liberdade de avaliar os elementos cognoscíveis, e decidir sobre a suscetibilidade do concreto ato, acordo, prática ou informação defraudar as regras da concorrência.

Ainda que o júri disponha de tal liberdade avaliativa<sup>185</sup>, parece-nos inquestionável que a decisão de exclusão deverá ser sindicável, se o não for na parte em que conclui pela suficiência dos indícios, sê-lo-á certamente na parte em que qualifica factos (sejam práticas, acordos, atos ou informações) como “suscetíveis de falsear as regras da concorrência”<sup>186</sup>. É que, como é bom de ver, a margem de livre apreciação, quando se trata de preencher o conteúdo de um conceito indeterminado que o legislador conscientemente quis deixar na esfera da “autonomia apreciativa” – para não utilizar a rigorosa expressão “discricionariedade” – da Administração, terá necessariamente de ser mais ampla, ou antes, mais livre, do que quando essa mesma margem está vinculada a um conjunto de normas ou requer o chamamento de especiais conhecimentos técnico-

---

<sup>185</sup> E não poderia ser de outra maneira, pois, se se exigisse a consulta da entidade competente na matéria (AC), a título de “parecer prévio vinculativo”, a eficácia do procedimento adjudicatório poderia ficar comprometida, na medida em que o efeito suspensivo desse “reenvio” para a AC acabaria, na maioria dos casos, por frustrar o propósito do procedimento de adjudicação, o que, muito provavelmente, teria um efeito tão ou mais nefasto sobre o interesse público do que a adjudicação de uma proposta anticoncorrencial. Acresce que, como sustentam PESSANHA/D'OLIVEIRA MARTINS/RODRIGUES (2008: 175), caso se venha a concluir pela impossibilidade de provar a existência de determinado cartel, a interrupção do procedimento “pode implicar prejuízos concretos, conducentes ao acionamento do regime da responsabilidade pré-contratual do Estado”.

<sup>186</sup> Parece ser tb. esta a opinião de M. E R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2011: 956)

jurídicos, como acontece no preenchimento do tipo “suscetíveis de falsear as regras da concorrência”<sup>187</sup>.

A questão da impugnabilidade das decisões de exclusão de propostas não é, como se vê, matéria pacífica, especialmente nesta hipótese em que o concorrente alegue que o acordo/prática é justificado à luz da LC, pois que essa avaliação convoca juízos de natureza exclusivamente técnica. Nestes casos – em que uma proposta é efetivamente lesiva das regras da concorrência, mas milita a seu favor a *eventual* aplicação do art. 10.º da LC –, o concorrente continua a poder exercer o seu direito de audiência prévia<sup>188</sup>, e, conseqüentemente, a contraditar a proposta de exclusão do júri.

Entendemos, contudo, que a entidade competente para decidir da aplicação da referida norma da LC é a AC e não a entidade adjudicante, ficando, aliás, seriamente comprometida a segurança jurídica e a confiança dos concorrentes nos procedimentos de formação de contratos públicos – e, em última análise, dos próprios cidadãos, enquanto contribuintes e titulares do interesse público – se a última se substituir à primeira na subsunção dos factos ao direito.

Assim, ainda que da aplicabilidade do art. 10.º da LC resultasse, por via indireta, a admissibilidade da proposta, não cabe à entidade adjudicante fazer esse juízo, pelo que somos da opinião que em tais casos, não havendo previsão legal noutra sentido (v.g. obrigatoriedade de consultar a AC), aquela deve manter a proposta de exclusão no relatório final<sup>189</sup>.

Nos demais casos (em que o concorrente considere que a exclusão não tem sequer fundamento por não estar em causa qualquer efeito anticoncorrencial), a situação é de resolução bem mais simples. Ora, se o concorrente, em sede de audiência prévia,

---

<sup>187</sup> Como bem refere J. MOREIRA (2010: 210), o júri do procedimento não tem a incumbência específica de controlar a concorrência, fá-lo apenas incidentalmente, pelo que, por regra, não terá maior preparação técnica para efetuar esse controlo que um juiz.

Com efeito, a entidade competente na matéria de regulação da concorrência, cuja defesa constituiu um bem público constitucionalmente consagrado (art. 81.º-f) CRP), é a AC. Esta, enquanto ARI, dispõe de poderes de regulamentação, de supervisão e de sanção, definidos e regulados nos seus estatutos, aprovados pelo DL 10/2003, de 18/1. Ainda que seja a AC a entidade tecnicamente mais bem preparada para avaliar se determinada situação é, ou não, suscetível de falsear as regras da concorrência, a exigência de interesse público subjacente à criação do procedimento adjudicatório não se coaduna com o “parecer prévio vinculativo” sobre cada caso que suscite dúvidas quanto à suscetibilidade de gerar esse falseamento. Assim, bem se compreende que o legislador, que atribui ao júri a tarefa de saneamento das propostas, o incumba igualmente de excluir aquelas que aparentam encapotar uma intenção anticoncorrencial. Nesta sede, merece destaque a “check-list” de indicadores de práticas anticoncorrenciais, disponibilizada pela AC no seu sítio na *internet*.

<sup>188</sup> Art. 123.º.

<sup>189</sup> Art 124.º/1.

contraditar a proposta de exclusão apresentada no relatório preliminar, invocando argumentos ponderosos, poderá o júri ficar convencido de que, afinal, a proposta é conforme às regras da concorrência. Se tal acontecer, a mesma será submetida a avaliação, podendo daí resultar uma alteração da ordenação das propostas constante do relatório preliminar<sup>190</sup>. Quer isto dizer que, ao menos em teoria, apesar de o júri ter considerado que os indícios em presença seriam fortes o suficiente para excluir a proposta, pode acontecer que seja essa a proposta adjudicada.

### **2.3. Terceiro nível (eventual): contraordenacional**

Um terceiro nível pode ainda ser identificado na regulação do mercado dos contratos públicos. Contudo, é um nível eventual, uma vez que só terá lugar em sede contraordenacional. Trata-se de uma *regulação indireta* do mercado, que ocorre *por causa* da participação num procedimento adjudicatório, mas não é prosseguida pela entidade adjudicante, antes por outras entidades, especialmente vocacionadas para a regulação de determinados setores do mercado, como veremos *infra*.

O procedimento sancionatório por infrações praticadas no decorrer do processo de formação de um contrato público tem um regime legal próprio, que consta do CCP, pelo que o RGCO<sup>191</sup> apenas se lhe aplica subsidiariamente. Neste particular há, ainda, que distinguir entre os contratos cujo objeto abranja prestações típicas do contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas e os demais. Com efeito, o CCP remete nestes casos para o DL 12/2004, de 9/1, que consagra o regime jurídico da atividade de construção, excluindo, assim, os procedimentos de formação de tais contratos do âmbito de aplicação da sua Parte IV (que consagra o regime contraordenacional), salvo previsão expressa do referido DL<sup>192</sup>.

A classificação das contraordenações divide-se em *muito graves*, *graves* e *simples*.

Integram o primeiro grupo: a participação no procedimento em situação que configure impedimento à luz do art. 55.º; a não apresentação, dentro do prazo, de

---

<sup>190</sup> Caso em que terá de se proceder a nova audiência prévia (art. 124.º/2).

<sup>191</sup> Constante do DL 433/82, de 27/10.

<sup>192</sup> Art. 455.º/1.

quaisquer documentos de habilitação exigidos, ou dos documentos comprovativos da titularidade de habilitação profissional específica pelo adjudicatário, ou, ainda, a apresentação de documentos falsos destinados à qualificação ou à habilitação, bem como a prestação de falsas informações<sup>193</sup>. Sendo contraordenações muito graves são puníveis com coima de € 2000 a € 3700 ou € 7500 a € 44800, consoante se trate de pessoa singular ou coletiva<sup>194</sup>.

As contraordenações graves, às quais deve ser aplicada coima entre € 1000 a € 3000 ou € 5000 a € 30 000, consoante se trate de pessoa singular ou coletiva, consubstanciam-se na violação de certas obrigações que impendem sobre o adjudicatário: a não prestação de caução, a não comparência na outorga do contrato e, tratando-se dum agrupamento, o facto de os seus membros não se associarem na modalidade prevista no programa do procedimento<sup>195</sup>.

Quanto às simples, a única prevista no CCP<sup>196</sup> é a que se consubstancia na dupla participação no procedimento por membros do mesmo agrupamento. Trata-se de uma contraordenação punível com coima de € 500 a € 1500 ou de € 3000 a € 20000, consoante se trate de pessoa singular ou coletiva<sup>197</sup>.

De grande importância é a possibilidade de aplicação da *sanção acessória*, que, como o nome torna perceptível, é cumulativa à sanção principal (a coima) e consiste na privação do direito de participar em qualquer procedimento pré-contratual de direito público, seja como candidato, concorrente ou membro de um agrupamento<sup>198</sup>.

O legislador do CCP quis consagrar esta possibilidade especificamente no regime da contratação pública, à semelhança do que já previa o RGCO<sup>199</sup> e o RJC<sup>200</sup>. No entanto, nem a aplicação da sanção acessória, nem a sua duração são discricionárias: ambas dependem da gravidade da infração e da culpa do agente, ou seja, não é qualquer conduta que legitima a aplicação desta sanção, tendo de existir uma certa “dignidade

---

<sup>193</sup> Art. 456.º.

<sup>194</sup> Art. 456.º.

<sup>195</sup> Art. 457.º.

<sup>196</sup> Como veremos, o terreno fértil das contraordenações simples na fase pré-contratual situa-se no campo dos procedimentos de adjudicação de contratos de empreitada e de concessão de obras públicas.

<sup>197</sup> Art. 458.º.

<sup>198</sup> Art. 460.º.

<sup>199</sup> Art. 21.º/1-e) RGCO, que prevê a possibilidade de a lei determinar, em conjunto com a coima, a sanção acessória de “[p]rivação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objecto a empreitada ou a concessão de obras públicas, o fornecimento de bens e serviços, a concessão de serviços públicos e a atribuição de licenças ou alvarás”.

<sup>200</sup> Art. 45.º da Lei 18/2003, de 11/6, entretanto revogada pela Lei 19/2012, de 8/5, que consagra o novo regime da concorrência – quanto a esta, v. art.71.º/1-b).

sancionatória”, designadamente ao nível da culpa<sup>201</sup>. Por outro lado, a duração da sanção deve ser proporcional à conduta infratora, considerada na dimensão objetiva (infração propriamente dita) e subjetiva (culpa), não podendo, em qualquer caso, ser superior a dois anos<sup>202</sup>.

Note-se que da exigência de culpa grave do infrator decorre necessariamente a impossibilidade de aplicar a sanção acessória a casos de negligência (ANDRADE DA SILVA, 2010: 1090; SANTOS/SOUSA, 2007: 228), ainda que estes sejam também suscetíveis de motivar procedimento contraordenacional<sup>203</sup>, com a atenuante de os limites mínimos e máximos das coimas serem reduzidos para metade, nos termos do art. 459.º.

Por outro lado, a exigência da gravidade da infração exclui que a participação dupla no mesmo procedimento de adjudicação dê lugar à aplicação da sanção acessória (ANDRADE DA SILVA, 2010: 1090), uma vez que aquela é a única conduta que, à luz do CCP, consubstancia uma contraordenação simples. Ora, o legislador classificou-a de simples certamente porque entendeu que a culpa que lhe está subjacente não é uma culpa grave, mas apenas negligente.

O requisito cumulativo da gravidade e da culpa encontram justificação na não aplicação automática da sanção acessória perante a verificação de qualquer infração suscetível de fundamentar um processo contraordenacional, exigindo-se, assim, uma aferição dos contornos específicos do caso concreto por parte da autoridade competente, mediante um juízo de razoabilidade e proporcionalidade (SANTOS/SOUSA, 2007: 227).

A decisão definitiva de aplicação da sanção acessória deve ser publicitada no portal da *internet* referente aos contratos públicos e nele permanecer durante todo o período da sua execução – o que não seria obrigatório ao abrigo do art. 21.º/3 do RGCO, mas que o é de acordo com o CCP, na tentativa de efetivar a utilidade dissuasora de uma sanção deste tipo (ANDRADE DA SILVA, 2010: 1092).

---

<sup>201</sup> Resulta do art. 460.º/1, *in fine* que a aplicação da sanção acessória está dependente da existência não só de uma infração por parte do operador económico, mas, também, da sua culpa. Todavia, ainda que tal interpretação não resultasse clara da letra do referido normativo, sempre teria de ser assim por força do disposto no art. 21.º/1 do RGCO.

<sup>202</sup> Art. 460.º/2 CCP e 21.º/2 RGCO.

<sup>203</sup> Art. 459.º/1 CCP, 8.º/1, 2ª parte RGCO, onde se diz, expressamente, que a negligência só é punida “nos casos especialmente previstos na lei”, e, ainda, 13.ºCP.

O desrespeito da decisão de aplicação desta sanção configura o crime de desobediência, punido nos termos do art. 348.º do CP<sup>204</sup>.

Não podemos, ainda, deixar de referir uma das sanções acessórias previstas mediatamente no RGCO (art. 21.º/1-*e*)), e que se traduz, aliás, num dos impedimentos à entrada dos operadores no mercado<sup>205</sup>: a “privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objecto a empreitada ou a concessão de obras públicas, o fornecimento de bens e serviços, a concessão de serviços públicos e a atribuição de licenças ou alvarás.” Ora, na sequência desta previsão do RGCO, uma tal sanção acessória poderá, em princípio, vir a ser aplicada por qualquer entidade reguladora ou fiscalizadora da atividade prosseguida pelo operador económico infrator, desde que para tal seja legalmente habilitada<sup>206</sup>, independentemente da natureza da infração, das eventuais implicações ou riscos que a mesma represente para um futuro contrato a celebrar com a Administração Pública, e da aptidão da própria entidade sancionadora para avaliar a justeza e razoabilidade da medida e os seus efeitos práticos, designadamente para o interesse público.

Com efeito, a Administração pode ficar impedida de contratar com a empresa que melhor satisfaria os seus quesitos face a certa necessidade e, assim, o efeito da sanção que visa penalizar a empresa infratora, acabar por penalizar reflexamente também a Administração e, desse modo, o interesse público que através do contrato se visa prosseguir.

Ponderando este cenário e dado que o CCP já prevê a possibilidade de aplicação de uma *sanção acessória* que consiste, precisamente, na *privação do direito de participar em qualquer procedimento pré-contratual público*<sup>207</sup>, não vemos nenhuma utilidade na manutenção da norma do art. 21.º/1-*e*) do RGCO, pelo que nos parece que esta deveria simplesmente ser revogada. É que, ao abrigo do art. 461.º/1 CCP, quem tem competência para aplicar a sanção acessória prevista no art. 460.º/1 (privação do direito de participar em qualquer procedimento pré-contratual público) é o InCI ou a ASAE, nos termos que veremos adiante. E, ainda que não concordemos com esta distribuição de competências sancionatórias pelo CCP, pelas razões que exporemos detalhadamente

---

<sup>204</sup> *Ex vi* art. 464.º.

<sup>205</sup> Art. 55.º-*f*).

<sup>206</sup> Recorde-se que o art. 21.º/1-*e*) não é diretamente aplicável, trata-se somente de uma norma “habilitante”, pois preceitua que outras leis *podem* determinar certas sanções acessórias.

<sup>207</sup> Art. 460.º/1.

*infra*, na ausência de uma entidade especializada para o efeito (que, de *iure condendo*, seria desejável), entendemos que o leque de competências sancionatórias em matéria de contratos públicos não deverá ser alargado a outras entidades (ainda) menos especializadas que as já mobilizadas pelo CCP.

Em suma, é preferível que a aplicação da sanção acessória da privação do direito de participar em procedimentos adjudicatórios caia apenas no âmbito das competências daquelas duas entidades – como, de resto, já acontece, ao abrigo dos arts. 460.º/1 e 461.º/1 CCP –, do que de quaisquer outras, porventura mais distantes do conhecimento da realidade envolvente, o que é dizer menos especializadas, que um legislador desprevenido possa mobilizar, legitimado pela norma em branco do art. 21.º /1-e) do RGCO.

Atentemos, agora, no regime contraordenacional previsto para infrações praticadas nos procedimentos de adjudicação de contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, regulado no já referido DL 12/2004.

Este diploma, usando a terminologia “ilícito de mera ordenação social”, também distingue entre as contraordenações muito graves, graves e simples. Evitando ser exaustivos, não podemos deixar de fazer referência a algumas contraordenações previstas especificamente para os tipos contratuais sobre que versa aquele diploma.

Assim, dentro das contraordenações classificadas como *muito graves*<sup>208</sup>, destacamos: o exercício da atividade de construção sem titularidade de alvará ou de título de registo<sup>209</sup>; a subcontratação da totalidade da obra ou a subcontratação a empresas não habilitadas<sup>210</sup>, e, ainda, todas as contraordenações que o CCP classifica de muito graves<sup>211</sup>.

Como contraordenações *graves*<sup>212</sup>, o DL em análise prevê, entre outras: a inscrição dolosa de trabalhos não efetuados nos autos de medição<sup>213</sup>, o incumprimento do prazo estipulado ou abandono da obra imputáveis ao operador<sup>214</sup>, e a violação da

---

<sup>208</sup> Punidas com coima de € 7500 a € 44 800, ou € 2000 a € 3740,98, consoante se trate, respetivamente, de pessoa coletiva ou singular – aplicação conjunta dos arts. 37.º/1-a) do DL 12/2004 e 17.º/1 do RGCO.

<sup>209</sup> Art. 6.º/1/2 *ex vi* art. 37.º/2-a), b), c) e d) do DL 12/2004.

<sup>210</sup> Art. 27.º/1 *ex vi* art. 37.º/2-g) do DL 12/2004.

<sup>211</sup> Art. 456.º, *ex vi* art. 37.º/2-h) do DL 12/2004.

<sup>212</sup> Punidas com coima de € 5 000 a € 30 000 e de € 1 000 a € 3 000, consoante se trate, respetivamente, de pessoa coletiva ou singular (art. 37.º/1-b) do DL 12/2004).

<sup>213</sup> Art. 24.º/2-f), *ex vi* 37.º/3-f) do DL 12/2004.

<sup>214</sup> Art. 24.º/2-g), *ex vi* 37.º/3-g) do DL 12/2004

obrigação de facultar ao InCI, durante a sua atividade inspetiva, o acesso às instalações e estaleiros ou a recusa de informação/documentação por aquele solicitada<sup>215</sup>.

Circunstância digna de nota é o sancionamento por este diploma de condutas que são proibidas pelo CCP, mas relativamente às quais o mesmo não comina nenhuma sanção, a saber: a subcontratação de prestações de valor total superior a 75% do preço contratual, acrescido ou deduzido dos preços correspondentes aos trabalhos a mais ou a menos, aos trabalhos de suprimento de erros e omissões e à reposição do equilíbrio financeiro a que eventualmente haja lugar; a celebração do subcontrato em violação dos requisitos legais; a não comparência do empreiteiro na consignação da obra pela segunda vez, desde que ambas as faltas não tenham tido justificação aceite pelo dono da obra, e a subcontratação sem autorização do dono da obra nos casos previstos nos arts. 385.º/2 e 386.º do CCP<sup>216</sup>.

Por último, refiram-se algumas das contraordenações *simples* previstas naquele diploma<sup>217</sup>, consubstanciadas na violação de certos deveres, entre os quais: enviar cópias das sentenças/decisões que ponham termo a processos em que o operador tenha sido parte e que se relacionem com a sua idoneidade comercial<sup>218</sup>, comprovar as habilitações do subcontratado através de consulta da página eletrónica do InCI<sup>219</sup>, e manter em arquivo os contratos por um período de cinco anos a contar da data do fim da obra<sup>220</sup>.

Também neste diploma (art. 38.º/1) se prevê a aplicação de quatro *sanções acessórias*: interdição do exercício da atividade, suspensão dos títulos de registo e dos alvarás, privação do direito de participar em feiras/mercados e privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objeto empreitada ou concessão de obras/serviços públicos. Valem aqui as mesmas considerações expendidas quanto à sanção acessória prevista no CCP, quer em matéria de duração, não podendo

---

<sup>215</sup> Art. 25.º/3, ex vi 37.º/3-*m*) do DL 12/2004.

<sup>216</sup> Arts. 383.º/2, 384.º/1, 405.º/1-*b*) CCP ex vi art. 37.º/3-*q*), *r*), *s* e *t*) DL 12/2004.

<sup>217</sup> Punidas com coima de € 3 000 a € 20 000 e de € 500 a € 1 500, consoante se trate, respetivamente, de pessoa coletiva ou singular (art. 37.º/1-*c*) do DL 12/2004).

<sup>218</sup> Art. 25.º/2-*a*), ex vi art. 37.º/4-*f*) do DL 12/2004. Note-se que a idoneidade comercial, tal como definida no art. 8.º daquele DL, é uma condição para concessão de alvará, e, por conseguinte, configura também um dos requisitos de entrada no mercado da contratação pública.

<sup>219</sup> Art. 27.º/3 ex vi art. 37.º/4-*h*) do DL 12/2004.

<sup>220</sup> Art. 384.º/4 do CCP ex vi art. 37.º/4-*j*) do DL 12/2004.

exceder dois anos, quer em matéria de requisitos de aplicação (gravidade da infração e culpa do infrator)<sup>221</sup>.

O DL 12/2004 tem três especificidades dignas de nota em relação ao CCP: a possibilidade de aplicação de medidas cautelares, a obrigatoriedade da publicidade não apenas das sanções acessórias, como sucede no CCP, mas também das sanções de natureza contraordenacional e das medidas cautelares<sup>222</sup>, e o designado “procedimento de advertência”.

As *medidas cautelares*, cuja aplicação se prevê nos casos em que “se revele necessário para a instrução do processo de contraordenação ou resultem fortes indícios da prática de facto que constitua contraordenação”<sup>223</sup>, podem ser de dois tipos: suspensão preventiva (total ou parcial) da atividade, no caso de exercício sem alvará ou sem título de registo (art. 41.º/1-*a*)), ou suspensão da apreciação de pedido de classificação, reclassificação ou revalidação efetuado pelo operador ao InCI (art. 41.º/1-*b*)).

A existência destas medidas não está prevista no RGCO nem no CCP, o que se explica por dois motivos. Por um lado, o legislador do DL 12/2004, ciente das exigências especiais de habilitação a que os profissionais da atividade de construção estão sujeitos, quis consagrar um expediente que permitisse à entidade reguladora salvaguardar os interesses inerentes a essas exigências de habilitação, sob pena de anular o sentido útil das mesmas. Por outro lado – este é o que mais nos interessa –, há que ter em conta que o DL em análise estabelece o regime jurídico de ingresso e permanência na atividade da construção, aplicando-se, portanto, genericamente, a todos os operadores económicos que atuem nessa área de atividade, abstraindo do facto de determinada obra ser pública ou privada. Isto significa, atentando na leitura conjugada dos arts. 81.º/2 e 104.º/1-*b*), ambos do CCP, que, sendo a outorga do contrato posterior à apresentação dos documentos de habilitação, a sua execução não pode ter início antes da verificação da titularidade da habilitação (alvará ou título de registo), de onde se conclui, necessariamente, que uma norma como a do art. 41.º/1-*a*) do DL 12/2004 não tem aplicação quando em causa esteja um contrato público<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> Art. 38.º/1/3 do DL 12/2004.

<sup>222</sup> Art. 45.º/2 DL 12/2004.

<sup>223</sup> Art. 41.º DL 12/2004.

<sup>224</sup> Tal conclusão resulta da conjugação destes dois factos: 1) a medida cautelar prevista na norma em apreço só tem aplicação quando o operador exerça atividade sem ser titular da habilitação necessária (nos

Só não será assim, claro está, se o alvará ou o título de registo forem falsos, e apenas na fase de execução se venha a conhecer esse facto. Perante este cenário, a solução é a da caducidade da adjudicação, nos termos do art. 87.º do Código, adjudicando-se a proposta ordenada no lugar subsequente<sup>225</sup>.

Uma nota apenas quanto ao *procedimento de advertência*, pelo qual, em face de uma “irregularidade sanável da qual não tenham resultado prejuízos para terceiros”, o InCI, ao invés de instaurar um processo de contraordenação, adverte e notifica o infrator para sanar a irregularidade em questão num certo prazo<sup>226</sup>.

### 2.3.1 Competência para instauração dos processos de contraordenação

Por último, detenhamo-nos na competência para instauração e arquivamento dos processos de contraordenação. Ora, caso o objeto do contrato em causa abranja prestações típicas do contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas é competente o InCI, nos restantes casos, a ASAE<sup>227</sup>. Nos mesmos termos, e respetivamente, a concreta aplicação das coimas e das sanções acessórias está a cargo do presidente do conselho diretivo do InCI<sup>228</sup> e da CACMEP<sup>229</sup>. Refira-se, a este propósito, que o Código faz impender sobre as entidades adjudicantes o dever de comunicar ao InCI ou à ASAE quaisquer factos passíveis de configurar contraordenações<sup>230</sup>.

Por seu turno, a cobrança das coimas pode ser coerciva, se estas não forem pagas voluntariamente<sup>231</sup>, revertendo o produto das mesmas em 60% para os cofres do Estado, e, consoante os casos, em 30% para o InCI ou em 20% para a ASAE e 10% para a

---

termos dos arts. 4.º/1 e 6.º/1 do DL 12/2004); 2) o CCP não permite a celebração do contrato sem que o adjudicatário apresente os documentos de habilitação (de onde decorre, logicamente, que não pode haver execução do contrato sem que o adjudicatário possua a habilitação exigida).

<sup>225</sup> Art. 86.º/4, *ex vi* art. 87.º. Note-se que se a falsidade do documento não for imputável ao adjudicatário – hipótese que nos parece improvável –, pode o mesmo apresentar os documentos em prazo suplementar fixado pelo órgão competente para a decisão de contratar, nos termos dos arts. 86.º/3, *ex vi* 87.º.

<sup>226</sup> Art. 42.º/1/2 DL 12/2004.

<sup>227</sup> Arts. 461.º/1-*a*) e 455.º/2 do CCP, 44.º do DL 12/2004, e, ainda, 33.º e 34.º/1 do RGCO.

<sup>228</sup> Este tem também competência para a aplicação das medidas cautelares (art. 44.º/2 do DL 12/2004).

<sup>229</sup> Art. 461.º/2.

<sup>230</sup> Art. 461.º/3.

<sup>231</sup> Arts. 462.º/2 do CCP e 45.º/1 do DL 12/2004.

CACMEP, e, por fim, em 10% para as entidades adjudicantes que tenham comunicado àquelas autoridades os factos que fundamentaram a aplicação da coima<sup>232</sup>.

A determinação do montante das coimas deve ter em conta a gravidade da contraordenação, a culpa do agente, os benefícios que este retirou da prática do facto e a sua situação económica<sup>233</sup>. O DL 12/2004, no seu art. 43.º, referindo-se não apenas à determinação das coimas, mas também das sanções acessórias e das medidas cautelares, prevê dois critérios adicionais: a “ilicitude concreta do facto” e a “anterior conduta”, que são, aliás, duas das circunstâncias definidas pelo legislador penal como atendíveis na determinação da medida da pena<sup>234</sup>. A introdução destes critérios na determinação da coima, das sanções acessórias e das medidas cautelares permite um maior grau de ponderação, que não é possível atingir se apenas forem considerados os fatores referidos no art. 18.º do RGCO. Todavia, pode questionar-se até que ponto o maior número de fatores a ter em conta na ponderação da medida das sanções, *maxime*, sendo um deles – o da conduta anterior – completamente exógeno ao facto concretamente praticado e que será objeto da sanção cuja medida se pondera, não introduz alguma incerteza relativamente à justiça da sua aplicação.

#### **2.4 Quarto nível: defesa da concorrência. A comunicação da exclusão de certas propostas à AC, ao InCI e à CE**

O art. 70.º/3 faz impender sobre as entidades adjudicantes o dever de comunicar à AC a exclusão de propostas cujo fundamento tenha sido o preço anormalmente baixo ou a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear a concorrência. A *ratio* da norma é clara, e está, aliás, em consonância com o que dissemos sobre a competência desta entidade – relembre-se: supervisionar os mercados de forma a garantir a proteção da concorrência. Com efeito, a própria LC estabelece o dever de todas as entidades públicas comunicarem à AC os factos suscetíveis de restringir a concorrência que cheguem ao seu conhecimento<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> Art. 462.º. Estes 10% a favor das entidades adjudicantes que participem aqueles factos é uma espécie de recompensa que acaba por funcionar como incentivo à cooperação com as autoridades reguladoras.

<sup>233</sup> Art. 18.º RGCO.

<sup>234</sup> Art. 71.º/2-a) e e) CP.

<sup>235</sup> Art. 17.º/3 LC.

Obviamente que este dever, estando previsto na LC, não se circunscreve à contratação pública: imperioso é que seja uma entidade pública a tomar contacto com o facto potencialmente lesivo da concorrência. Não havia, pois, necessidade de o CCP estabelecer expressamente esse dever para a entidade adjudicante, porém, o legislador, certamente logrando evitar eventuais esquecimentos, seguiu a tradição do antigo RJEOP, que consagrava idêntica disposição relativamente à DGCC<sup>236</sup>.

Curioso é notar que a entidade adjudicante não tem o dever de comunicar a exclusão duma proposta à entidade reguladora setorial responsável pela área do mercado em causa naquele específico procedimento (v.g. serviços energéticos – ERSE), exceto se aquele visar a adjudicação duma empreitada de obra pública, caso em que desse facto terá de dar conhecimento ao InCI<sup>237</sup>. Relativamente aos restantes mercados regulados, é a própria AC que procede à notificação das respetivas entidades reguladoras, para que as mesmas se pronunciem sobre os factos comunicados<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> Art. 58.º/3 RJEOP.

<sup>237</sup> Art. 70.º/3.

<sup>238</sup> Art. 35.º/1 LC. Esta interação entre a AC e os reguladores setoriais evidencia “que a regulação não é uma alternativa à tutela da concorrência” (PINTO CORREIA, 2009: 725), pelo contrário, regulação e tutela da concorrência são criações do mesmo autor – o Estado Regulador – e, por isso mesmo, as suas missões não se confundem, antes se complementam. Tal não significa, no entanto, que não existam casos de sobreposição de competências (“zonas de conflito”); o que poderá acontecer, precisamente, quando as infrações ao direito da concorrência sejam praticadas por um operador económico que atue num setor de mercado regulado – sobre o tema, PINTO CORREIA (2009: 721-36). A este respeito, LEITÃO MARQUES/ALMEIDA/FORTE (2005: 43) escrevem que “a existência de competências sancionatórias na Autoridade da Concorrência e nas autoridades reguladoras sectoriais poderá originar *conflitos positivos* ou *negativos* de competência entre os dois tipos de autoridade.” O RGCO, no seu art. 37.º, estabelece uma regra para a resolução de conflitos positivos de competência, *i.e.*, quando mais do que uma entidade for competente para aplicar uma sanção pelo mesmo facto.

Coisa diversa é a circunstância de o mesmo facto ser qualificado como contraordenação por diferentes regimes jurídicos, caso em que deverão ser instaurados os respetivos processos contraordenacionais pelas entidades tuteladoras dos bens jurídicos em causa. E não se pense que isto fere o princípio *ne bis in idem*, com assento constitucional no art. 29.º/5, segundo o qual “[n]inguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”, aplicável a todos os procedimentos de natureza sancionatória. É que, numa hipótese como a que estamos a perspetivar, sendo a mesma conduta – conduta que, no contexto em que o problema se coloca, terá necessariamente de ser restritiva da concorrência – qualificada como contraordenação por duas leis diferentes, caso se entenda – como em princípio se entenderá – que as duas normas violadas visam proteger bens jurídicos distintos (v.g., o valor da concorrência, no caso da norma da LC, por contraposição, v.g., ao valor da estabilidade dos preços no mercado, protegido por um qualquer diploma, supervisionado por uma outra autoridade), poderão ser aplicadas duas sanções autónomas.

Conforme explicava EDUARDO CORREIA (1988: 200), “se diversos valores ou bens jurídicos são negados, outros tantos crimes [*in casu*, contraordenações] haverão de ser contados, independentemente de, no plano naturalístico, lhes corresponder uma só actividade, isto é, de estarmos perante um concurso ideal”. No mesmo sentido, G. CATARINO (2010: 741 e ss), a propósito do art. 420.º CVM, que pretende resolver o concurso entre um crime e uma contraordenação, entende que só poderá haver punição pelo mesmo facto em resultado de dois processos diferentes caso se verifique uma diversidade dos bens jurídicos protegidos por cada entidade no seu setor específico.

Quanto a nós, defendemos a possibilidade de sancionar uma multiplicidade de contraordenações por referência ao mesmo facto, conquanto sejam diferentes os bens jurídicos protegidos pelas normas

Quanto a nós, esta opção do legislador do CCP, além de ininteligível – não se descortinando razões que justifiquem a diferença de tratamento entre as empresas que atuam no mercado das obras públicas e as restantes<sup>239/240</sup> –, acaba por ter a dilação como único efeito prático, uma vez que a AC sempre terá de comunicar a ocorrência às respetivas entidades reguladoras setoriais implicadas<sup>241</sup>. A entidade adjudicante tem também de comunicar a exclusão da proposta à CE quando se verificarem cumulativamente dois requisitos: o anúncio do procedimento ter sido publicado no JOUE e o fundamento da exclusão ser o preço anormalmente baixo da proposta<sup>242</sup>.

Ora, a comunicação às mencionadas entidades, por ocasião da exclusão de certas propostas, aciona um *quarto nível regulatório*. Trata-se de um nível cuja operacionalidade surge na sequência de um outro estágio regulatório (o de exclusão das propostas), mas que, pela importância da concorrência no quadro do direito da

---

violadas, opinião que encontra algum apoio na jurisprudência do TC, ainda que proferida a respeito do concurso entre um crime e uma contraordenação – v. Ac. 244/99, de 7/4, segundo o qual o princípio *ne bis in idem* pode ser invocado “quando os bens jurídicos tutelados pelas respectivas normas sejam idênticos”.

Relativamente à resolução do concurso entre contraordenações, rege o art. 20.º do RGCO, que manda aplicar uma coima única ao infrator, determinada dentro de uma moldura cujos limites (mínimo e máximo) são aferidos por referência às coimas concretamente aplicadas, de acordo com as regras previstas nos n.ºs 2 e 3 do mesmo preceito.

<sup>239</sup> É consabido que este mercado representa uma fatia significativa das compras públicas, mas esse facto não pode servir de argumento para justificar a discriminação que a lei faz neste caso. Com efeito, o que está em causa no art. 70.º é a exclusão de propostas num procedimento, independentemente do tipo de contrato cuja adjudicação se vise.

<sup>240</sup> É indiscutível que em matéria de infrações às regras da concorrência, a haver uma qualquer obrigatoriedade cronológica na ordem da notificação, a AC deve ocupar lugar cimeiro, ou não fosse esta a Autoridade Nacional da Concorrência. O que nos parece digno de crítica é o tratamento de igualdade conferido, nesta sede, à AC e ao InCI, e, paralelamente, de desigualdade entre este último e as restantes autoridades reguladoras setoriais, nos termos do art. 70.º/3 (e, bem assim, do art. 317.º/3). É que o InCI é, a par das restantes, uma entidade reguladora setorial; já a AC é uma entidade reguladora *não setorial*, porquanto possui um “carácter transversal no que respeita à missão de defesa da concorrência”, tendo a sua “jurisdição alargada a todos os sectores da actividade económica” (v. n.º 4 do preâmbulo dos Estatutos da AC). Quer isto dizer que, perante a suspeita de infração às regras da concorrência que fundamente a exclusão do procedimento adjudicatório, não se compreende que o legislador invista a entidade adjudicante no dever de comunicar os factos ao InCI, e se abstenha de o fazer relativamente aos demais reguladores.

<sup>241</sup> Sobre a recorribilidade, em geral, das decisões da AC, v., para o enquadramento do tema, CALVETE (2010: 928-71), e para uma abordagem especificamente direcionada à aplicação da nova LC, NORONHA (2013: 759-68) e NASCIMENTO FERREIRA (2012: 9) – convém, a propósito, referir que uma das mais significativas alterações que a nova lei trouxe foi a abolição do efeito suspensivo do recurso judicial de uma decisão da AC, que passou a ser, por regra, meramente devolutivo (art. 92.º/2/3 LC), e o facto de a competência para apreciação do mesmo ter sido trasladada do tribunal do comércio de Lisboa para o novo TCRS (arts. 8.º/4, 24.º/5 e 84.º/3 LC). Sobre o controlo jurisdicional numa perspetiva transversal aos reguladores, v. F. MAÇAS (2006: 21-49).

<sup>242</sup> Art. 70.º/4. Note-se que este dever de informação está previsto nas Diretivas comunitárias e, agora, na Proposta (arts. 55.º/3 da Diretiva 2004/18, 57.º/3 da Diretiva 2004/17 e 69.º/5 da Proposta) mas somente no caso em que o preço anormalmente baixo se deva a um auxílio estatal que o concorrente não conseguiu legitimar.

contratação pública, e também por convocar a interação institucional entre várias entidades, merece ser autonomizado<sup>243</sup>.

Este nível tem a sua ação condicionada pela ocorrência de fatores exógenos ao procedimento, *i.e.*, que não se inserem nas normas procedimentais ou legais que o regem, mas que dependem unicamente de qualidades das propostas ou das condutas prosseguidas pelos concorrentes. Assim, sempre que da análise preliminar de uma proposta ressalte um risco iminente de violação da concorrência, seja porque apresentam um preço anormalmente baixo, seja pela existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear a concorrência, este quarto nível é acionado.

A entidade chamada a intervir nestes casos é a AC, podendo também ser dado conhecimento ao InCI e/ou à CE, nos termos já explanados *supra*. Podem ainda intervir as várias entidades reguladoras setoriais, dependendo se o mercado em causa é, ou não, regulado. No entanto, a acontecer, essa intervenção é posterior à da AC, sendo, aliás, por via desta autoridade que os reguladores tomam conhecimento da existência da desconformidade da conduta do regulado com as regras da concorrência.

É importante notar que a intervenção destas entidades reguladoras situa-se numa dimensão paralela à da intervenção da entidade adjudicante, não se confundindo nem contendendo com ela. A competência para a exclusão de propostas do procedimento é unicamente da entidade adjudicante, já a análise do caso que venha posteriormente a ser efetuada pela AC ou por outro regulador, bem como os eventuais procedimentos sancionatórios que daí decorram, não dizem respeito ao direito da contratação pública.

## **2.5 Quinto nível: a supervisão financeira dos contratos públicos**

O Tribunal de Contas é, como a própria designação esclarece, um órgão jurisdicional e, conseqüentemente, de soberania<sup>244</sup>. Não se trata, pois, do ponto de vista

---

<sup>243</sup> Convém realçar a diferença entre a regulação que é feita diretamente no mercado da contratação pública pela entidade adjudicante, e que se consubstancia na exclusão das propostas que enfermam de algum dos vícios enumerados no art. 70º, e a regulação indireta prosseguida por este quarto nível.

<sup>244</sup> Arts. 209.º/1- c) e 110.º/1 CRP. O controlo exterior dos dinheiros públicos, ou, mais corretamente, da legalidade financeira da despesa pública, é um imperativo comum à generalidade dos ordenamentos jurídicos, porém, tal controlo não tem necessariamente de ser prosseguido por um tribunal, exemplo disso são o Reino Unido (*National Audit Office*), a Suécia (*Riksrevisionen*) e Malta (*Ufficcju Nazzjonali tal-*

jurídico-constitucional, dum entidade reguladora *qua tale*, apesar de, materialmente, exercer uma função regulatória das contas públicas, e, conseqüentemente, do mercado dos contratos públicos. Vejamos porquê.

Para aferir do peso dos contratos públicos numa economia nacional, muitos fatores há a considerar, mas um deles é, sem dúvida, o impacto que os mesmos têm nas finanças públicas. Um exemplo paradigmático (e negativo) no caso português são as PPP, cuja má gestão conduziu a um abalo financeiro com nefastas repercussões<sup>245</sup>.

Ora, tendo presente a influência das compras públicas na macroeconomia, e vice-versa, torna-se evidente a importância que a fiscalização do TdC assume neste terreno, ou não fosse este, sob o imperativo constitucional, “o *órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas*”<sup>246</sup>.

Passemos, então, à análise da atividade do Tribunal no que à contratação pública diz respeito.

Pois bem, o TdC exerce três tipos de fiscalização sobre os contratos públicos: prévia, concomitante e sucessiva.

A *fiscalização prévia*<sup>247</sup> tem como finalidade verificar se os contratos<sup>248</sup> respeitam a lei, num sentido amplo, abrangendo o universo de normas jurídicas que lhes

---

*Verifika*). Sobre os diferentes tipos de órgãos fiscalizadores das contas públicas, v. SOUSA FRANCO (1993).

De acordo com PAZ FERREIRA (2000: 322), a opção da Lei Fundamental por um órgão (fiscalizador) jurisdicional denuncia a preferência por um controlo da legalidade em detrimento da apreciação da eficácia e da economia da gestão. Contudo, o autor (2000: 322-3) salienta que um controlo estrito da legalidade não é compatível com as exigências dos Estados hodiernos, que reclamam uma “justificação económica e social para a realização da despesa”.

Também CANOTILHO (2008: 25) advoga que “[o] controlo de contas deve pautar-se por novos padrões de aferimento das contas e alargar o objecto do controlo”, porquanto “[a]s mudanças verificadas na evolução das finanças públicas têm refrações inevitáveis no entendimento do papel dos Tribunais de Contas.” É, aliás, muitíssimo interessante, e digna de nota, a reflexão que o constitucionalista faz sobre a necessidade emergente de mudança do paradigma tradicional (segundo o qual os poderes de fiscalização do TdC estariam confinados à apreciação da mera legalidade formal das contas públicas, *i.e.*, da verificação da sua regularidade), cuja justificação atribui à crescente “responsabilidade garantística” do Estado, enquanto *Estado Regulador e Garantidor* (CANOTILHO, 2008: 29 e ss).

<sup>245</sup> Sobre este tema, C. MORENO (2010). Note-se que o *crash* das PPP coloca não só em causa a sua sustentabilidade financeira, mas também, de forma mediata, a sua sustentabilidade fiscal – já que estes contratos são pagos com o erário público, *i.e.*, dinheiro que vem, maioritariamente, dos impostos pagos pelos contribuintes.

<sup>246</sup> Art. 214.º/1 CRP; v. tb. art. 2.º LOPTC.

<sup>247</sup> Note-se que só estão sujeitos a fiscalização prévia os contratos que se enquadrem na conjugação normativa dos arts. 46.º (critério da natureza do contrato) e 48.º/1 (critério do relevo financeiro do contrato) LOPTC, exceto os que estejam isentos, nos termos do art. 47.º da mesma lei.

<sup>248</sup> Nem todos os contratos públicos estão sujeitos a visto prévio: apenas aqueles cujo valor excede o fixado anualmente pela LOE, nos termos do art. 48.º LOPTC. PESSANHA/D’OLIVEIRA

são aplicáveis, e, num sentido mais estrito, se têm cabimento em verba orçamental própria<sup>249</sup>. Trata-se, portanto, de uma fiscalização preventiva, cujo resultado se materializa numa de quatro situações: *declaração de conformidade*<sup>250</sup>, *concessão* ou *recusa de visto*<sup>251</sup> ou, ainda, na emissão de um *visto com recomendações*<sup>252</sup>.

Note-se que os fundamentos da recusa de visto são apenas três e alicerçam-se na desconformidade legal do contrato, desde que esta implique uma de três situações: a sua nulidade, encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras, ou ilegalidade suscetível de alterar o respetivo resultado financeiro<sup>253</sup>.

Situação que merece a melhor atenção é a que resulta da recusa de visto relativamente a um contrato cuja execução já teve início e que já produziu (alguns) efeitos. Este cenário, suscetível de ocorrer após a alteração do art. 45.º a que procedeu a Lei n.º 87-B/98, de 31/12, pode conduzir a situações verdadeiramente injustas, *maxime* para o cocontratante, que, ao abrigo do art. 45.º/1, pode dar início ao cumprimento das suas obrigações contratuais antes de o contrato ter sido visado, contanto que não receba qualquer pagamento.

Quis o legislador, e bem, salvaguardar o interesse público subjacente a tais contratos, cuja prossecução poderia ser colocada em risco caso se protelasse o início da execução do contrato até ocorrer a concessão do visto. Ora, realizando o TdC um controlo financeiro sobre os contratos públicos, o legislador, compreensivelmente, excluiu da produção de efeitos “pré-concessão de visto” os pagamentos que devam ser efetuados em cumprimento do contrato; conferindo, no entanto, o direito ao cocontratante de ser pago pelas prestações realizadas, caso o visto seja recusado<sup>254</sup>.

---

MARTINS/RODRIGUES (2008: 166) referem-se, aqui, a um “princípio da redução e substituição progressiva da fiscalização prévia pela fiscalização concomitante”.

<sup>249</sup> Art. 44.º/1 LOPTC.

<sup>250</sup> Produzida nos casos cuja conformidade legal resulta clara da mera apreciação do contrato (arts. 46.º/5 e 83.º LOPTC).

<sup>251</sup> Sobre a questão de saber se a concessão e a recusa do visto são um ato jurisdicional ou administrativo, v. PUJOL (2013: 49 e ss).

<sup>252</sup> Esta modalidade de visto pode ocorrer quando o TdC, embora detete ilegalidades suscetíveis de alterar o resultado financeiro do contrato, e, nesse sentido, a recusa de visto fosse legítima, opte, mediante decisão fundamentada, por conceder o visto, emitindo recomendações no sentido de que tais ilegalidades sejam supridas ou não cheguem a sequer verificar-se (arts. 44.º/3-c)/4 LOPTC).

<sup>253</sup> Art. 44.º/3 LOPTC. L. MAGALHÃES (2006: 206) realça a importância deste elenco taxativo, e considera que representa uma evolução positiva em relação ao sistema anterior, à luz do qual era possível recusar o visto “detectada que fosse qualquer ilegalidade, por mais irrelevante.”

<sup>254</sup> Art. 45.º/1, *in fine*/3 LOPTC. Tal direito, sendo certo que assegura a justiça imediata do caso, na medida em que o pagamento das prestações realizadas é efetivado, pode não satisfazer – e não satisfará,

Assim, o visto é uma verdadeira “*conditio iuris*” dos contratos públicos que a ele são submetidos, desempenhando uma função de concessão de eficácia financeira ao contrato, por um lado, e de manutenção da eficácia dos seus restantes efeitos, por outro<sup>255</sup>.

Não podemos deixar de sublinhar o importante papel que o TdC assume na construção de doutrina e na evolução do direito da contratação pública. Com efeito, na medida em que o critério da submissão dos contratos públicos à fiscalização prévia do TdC é o do valor do contrato, poucos – ou pouco relevantes – são aqueles que são dispensados dessa fiscalização. Nesse sentido, podemos afirmar que o TdC tem uma dimensão muito mais significativa do que os tribunais administrativos na construção de jurisprudência em matéria de contratos públicos: enquanto aquele é chamado a pronunciar-se, sob imperativo legal, sobre a “legalidade financeira” de muitos (quase todos) contratos, estoutros apenas intervêm como dirimentes de conflitos emanados da formação ou da execução de um contrato público. Destarte, o TdC tem uma responsabilidade acrescida no proferimento das linhas por que se deve orientar o aplicador da lei – o que equivale a dizer que tem um maior peso na regulação do mercado da contratação pública do que os outros tribunais – já que é o principal importador da jurisprudência comunitária, cabendo-lhe, por isso, realizar a filtragem e adaptação dessa jurisprudência à realidade nacional, não fazendo uma transposição acrítica da mesma<sup>256</sup>.

A *fiscalização concomitante* é prosseguida através de auditorias, e tem por objeto os contratos que não devam ser submetidos a fiscalização prévia por força da lei, bem como a execução de contratos visados<sup>257</sup>. Se no relatório de auditoria se concluir pela existência de ilegalidades num contrato ainda não executado, o mesmo deve ser remetido para fiscalização prévia, sustando-se a sua eficácia até que seja concedido o visto, sob pena de responsabilidade financeira<sup>258</sup>. Se as ilegalidades forem detetadas estando o contrato já em execução, o TdC enceta o devido processo de efetivação de

---

as mais das vezes – por completo o cocontratante, que, de expectativas frustradas, poderá ter a pretensão de recorrer da decisão do TdC. Analisando pormenorizadamente a problemática subjacente à recusa de visto na esfera do cocontratante, designadamente, no que concerne à recorribilidade para os tribunais administrativos da decisão de recusa de visto, RUI MEDEIROS (2011: 31-84).

<sup>255</sup> Nestes termos, J. TAVARES (2008: 979).

<sup>256</sup> Tal como já defendemos noutra lugar (J. LOUREIRO, 2011)

<sup>257</sup> Art. 49.º/1 LOPTC. L. MAGALHÃES (2006: 214) refere que esta forma de fiscalização assume especial relevância nos contratos referentes a “trabalhos a mais”, tão frequentes nas empreitadas de obras públicas.

<sup>258</sup> Art. 49.º/2 LOPTC.

responsabilidade financeira, podendo, ainda, se o resultado da auditoria o justificar, dar início a um processo de verificação da respetiva conta<sup>259</sup>.

Por último, mas não menos importante, no âmbito dos seus poderes de *fiscalização sucessiva*, o TdC exerce um controlo sobre a atividade contratual pública com vista a apreciar não só a legalidade da execução dos contratos, mas também “a economia, a eficiência e a eficácia das entidades sob o seu controlo, incluindo a própria organização, funcionamento e fiabilidade dos sistemas de controlo interno” (J. TAVARES, 2008: 983-4). Esta forma de fiscalização é prosseguida através de auditorias, sendo que nos últimos tempos tem assumido especial relevância no controlo das PPP.

Questão de suma importância é a de saber se a fiscalização que o TdC exerce sobre a despesa pública (que se estende, também, ao universo da contratação pública) tem uma natureza meramente formal ou se vai mais além, adquirindo também uma dimensão material. Por outras palavras: o controlo da legalidade que o TdC prossegue é um controlo formal ou extravasa esse âmbito, prosseguindo, paralela e complementarmente, um controlo material?

Parece-nos que a resposta só pode ser uma: o TdC, a par do controlo que inquestionavelmente exerce do ponto de vista formal sobre a legalidade da despesa pública, efetua também um controlo material dessa legalidade. Com efeito, a LOPTC, no art. 1.º/1, refere como funções do Tribunal, a fiscalização da “legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas”, a apreciação da “boa gestão financeira” e a efetivação das “responsabilidades por infrações financeiras”.

Ora, a expressão “gestão financeira” precedida do adjetivo “boa” parece evidenciar que a intenção do legislador foi a de atribuir ao TdC *poderes de controlo ao nível da qualidade da gestão* dos dinheiros públicos. E no que se traduz uma avaliação qualitativa – que não passa pela mera aferição do cumprimento de requisitos e parâmetros legais ou de verificação do cabimento orçamental – se não numa efetiva fiscalização e controlo da legalidade material de um certo ato (neste caso, contrato)?

Por este motivo, J. TAVARES (2008a: 41; 2008: 980) defende a existência de dois tipos de controlo: um, da “legalidade *stricto sensu* e da regularidade”, outro, económico, abrangendo os parâmetros da economicidade, da eficiência e da eficácia, ao qual faz corresponder os conceitos de “legalidade substancial” e “juridicidade”, referindo que o

---

<sup>259</sup> Art. 49.º/3 LOPTC.

o TdC se pronuncia “sobre o mérito da gestão”, “ou seja, a conformidade com a lei e a relevância económica estão presentes na acção deste órgão de soberania” (J. TAVARES, 2011: 15).

Quanto a nós, parece-nos que uma interpretação tão ampla dos poderes do TdC deve ser lida *cum grano salis*, podendo, aliás, revelar-se conflituante com o princípio da separação dos poderes<sup>260</sup>. Com efeito, não se pode perder de vista, em primeiro plano, que o TdC é um verdadeiro órgão jurisdicional: o legislador constituinte elegeu-o à categoria de tribunal especializado, incidindo as suas competências exclusivamente sobre matéria de natureza financeira<sup>261</sup>. Em segundo plano, há que ter presente que a missão jurídico-constitucional do TdC se alicerça na exigência da realização de um controlo externo sobre os dinheiros e os valores públicos, independentemente da natureza da entidade que tenha a seu cargo a gestão dos mesmos<sup>262</sup>. Quer isto dizer duas coisas: o TdC, como tribunal que é, *não se pode substituir à Administração na decisão de contratar ou não contratar; e os seus poderes de controlo e jurisdição incidem sobre a conformidade legal da despesa pública.*

Ou seja, apesar de o TdC poder, à luz da sua lei orgânica, apreciar a boa gestão financeira e recusar o visto com fundamento em ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, não pode efetuar um controlo do mérito da decisão de contratar, *i.e.*, do sentido e da oportunidade que certo contrato reveste para a prossecução do interesse público<sup>263</sup>. Essa avaliação pertence unicamente à esfera de competências do órgão competente para a decisão de contratar<sup>264</sup>, pelo que não é sindicável por nenhuma outra entidade ou órgão da Administração pública. Note-se que no mérito da decisão cabem apenas a oportunidade e a justificação de determinado contrato do ponto de vista da necessidade de interesse público que lhe inere. Não está

---

<sup>260</sup> Consagrado no art. 2.º CRP.

<sup>261</sup> Recorde-se que paralelamente às funções jurisdicionais, o TdC exerce funções de outra natureza, designadamente de auditoria, sendo, aliás, esta a função preponderante no quadro da atual atividade desenvolvida pelo Tribunal.

<sup>262</sup> Art. 2.º LOPTC.

<sup>263</sup> Em sentido que nos parece similar, S. TAVARES DA SILVA (2010: 524, 538) entende que “o controlo da eficiência das medidas não pode resvalar para um controlo de eficácia das políticas, nem para um controlo político das decisões de gestão orçamental”, referindo inclusive que “o Tribunal de Contas tem feito uso destes poderes que legalmente lhe foram confiados para se imiscuir na racionalidade económico-financeira de algumas decisões que integram o núcleo material do que vimos designando como actividade administrativa de implementação de políticas.” Em sentido contrário, ESTORNINHO (2013: 452).

<sup>264</sup> Que pode ser o órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar ou, nos casos em que contrato a celebrar não implique o pagamento de um preço, o órgão da entidade adjudicante que for competente para tomar essa decisão, nos termos da sua lei orgânica ou dos seus estatutos (art. 36.º).

aqui em causa qualquer juízo de conformidade legal, pois o interesse público é algo de concreto, que se materializa em necessidades também elas concretas, que surgem do ciclo de funcionamento de uma comunidade, e que não podem, por isso, ser rigorosamente previstas em normas, por natureza abstratas e gerais.

Como tal, há que manter clara a distinção entre aquilo que é o controlo da legalidade substancial ou material de um contrato, *rectius*, da despesa pública que o mesmo representa, e o que é – ou, digamos antes, o que seria – o controlo do mérito da decisão que está a montante desse contrato.

Coisa diversa será, por exemplo, a recusa de visto com fundamento na adoção *contra legem* de fatores/subfatores que densificam o critério de adjudicação, quando os mesmos determinem um resultado financeiro diferente daquele que se obteria caso não tivessem sido adotados; ou, ainda, a recusa de visto com fundamento numa qualquer ilegalidade procedimental, cuja inobservância coloque igualmente em causa o resultado financeiro do contrato<sup>265</sup>.

## 2.6 A contratação por via centralizada

Sumariado que está o panorama da regulação da contratação pública em Portugal, cumpre deixar uma pequena nota relativamente à contratação por via centralizada, pois o SNCP<sup>266</sup>, ainda que não se trate de um sistema de supervisão ou

---

<sup>265</sup> V. Ac. TdC 19/2011, de 30.3.11, em especial o ponto III.2. Neste Ac. estava em causa um contrato de aquisição de plataformas aerotransportadas multiuso – enviado ao TdC para visto prévio –, celebrado entre o exército português e uma empresa do setor, ao qual precedeu a realização de concurso público, cujo critério de adjudicação adotado foi o da proposta economicamente mais vantajosa, encontrando-se entre os fatores densificadores o “mérito e adequação técnica do equipamento”. Sucede que após a abertura das propostas, e de acordo com o constante do caderno de encargos, o júri comunicou aos concorrentes a necessidade de efetuar os testes e ensaios para aferir a ponderação que cabia a cada um no referido fator. Ora, no entendimento do Tribunal, a realização daqueles testes, “porque constituíam um subfator do critério de adjudicação, nunca deveriam assumir a condição de facultativos, mas, sim, obrigatórios, sendo ainda certo que o plano de testes deveria ser divulgado aos concorrentes no início do procedimento, vertendo-o no respectivo programa e Caderno de Encargos.” Deste modo, o TdC considerou existir, entre outros problemas não relevantes para a nossa análise, violação do art. 132.º/1-n) do CCP, bem como dos princípios da transparência, da igualdade e da sã concorrência, decidindo negar o visto ao contrato.

O caso acabado de descrever demonstra que a ocorrência de ilegalidades procedimentais, designadamente, a inobservância de princípios fundamentais da contratação pública, sendo “suscetíveis de alterar o resultado financeiro do contrato” são fundamento de recusa do visto.

<sup>266</sup> Criado pelo DL 37/2007, de 19/2. Segundo M. RAIMUNDO (2010: 272), “[à] criação do SNCP presidiu o intuito de reformular a centralização de compras, procurando essencialmente conseguir (...) a

regulação da contratação pública em sentido próprio, tem um papel muito importante na obtenção de resultados eficientes neste setor de atividade do Estado, contribuindo, por isso, ainda que indiretamente, para a regulação do mesmo.

Deste sistema fazem parte a eSPap, I.P.<sup>267</sup>, entidade gestora do mesmo, as UMC, às quais compete promover a centralização ao nível dos respetivos ministérios, e outras entidades compradoras (vinculadas e voluntárias) dispersas pelos vários organismos da Administração.

Entre as atribuições da eSPap no âmbito da contratação pública<sup>268</sup> contam-se a definição, o desenvolvimento e a implementação de estratégias de compra e negociação para as aquisições centralizadas; a elaboração de propostas de legislação, de procedimentos e de adoção de sistemas de informação de suporte relacionados com as compras públicas; e a adoção de práticas que privilegiem a aquisição de bens e serviços que promovam o equilíbrio adequado entre a eficiência financeira e a proteção do ambiente.

Assim, pese embora a enorme importância que a eSPap reveste no quadro do direito da contratação pública nacional<sup>269</sup>, não se trata de um organismo de supervisão transversal dos contratos públicos, mas apenas de gestão da contratação centralizada. Claro que, na medida em que todo o aprovisionamento público deve, via de regra, ser precedido de um procedimento pré-contratual, a eSPap exerce a sua atividade no âmbito do mercado da contratação pública e, em bom rigor, prossegue funções de regulação desse mercado. Senão, vejamos: é a eSPap que elabora o programa do concurso e o caderno de encargos concernente a cada acordo-quadro<sup>270</sup>, ainda que a entidade adjudicante possa, quando expressamente previsto no caderno de encargos, atualizar as características dos bens ou serviços a adquirir<sup>271</sup>. Todavia, não só essa regulação ocorre

---

especialização da actividade das compras públicas, bem como a obtenção das economias de escala possibilitadas pela aquisição em grandes quantidades”.

<sup>267</sup> Entidade criada pelo DL 117-A/2012, de 14/6, que, nos termos do art. 21.º/1-c) daquele diploma, sucedeu na totalidade das atribuições e competências da ANCP, E.P.E., do Instituto de Informática e da GeRAP, extinguindo-se, assim, estas três entidades.

<sup>268</sup> Elencadas no art. 3.º/4 DL 117-A/2012.

<sup>269</sup> Basta atentar naquelas que são as suas atribuições no âmbito das compras públicas (art. 3.º/4 DL 117-A/2012).

<sup>270</sup> V. *Manual de boas práticas para participação em procedimentos de contratação pública*, disponível em [http://www.ancp.gov.pt/PT/ComprasPublicas/Documents/ANCP\\_Manual%20Concursos.pdf](http://www.ancp.gov.pt/PT/ComprasPublicas/Documents/ANCP_Manual%20Concursos.pdf).

<sup>271</sup> Art. 257.º/3. Relembre-se que a aquisição dos bens ou serviços não ocorre mediante a celebração dos acordos quadro – que apenas visam “disciplinar, antecipadamente, as condições jurídicas, técnicas e económicas de aquisição futura de bens ou serviços, ao longo de um determinado período de tempo” (*Manual cit. na n. anterior: 6*) –, mas, sim, através dos contratos realizados ao abrigo daqueles.

exclusivamente no âmbito da contratação centralizada – assumindo a eSPap vestes idênticas às da entidade adjudicante num procedimento pré-contratual não centralizado –, como os poderes desta entidade não se inscrevem no quadro de uma supervisão do aprovisionamento público propriamente dito, mas sim de supervisão do desempenho do SNCP, mediante a promoção da realização de auditorias ao mesmo<sup>272</sup>.

E isto porque, a racionalidade que fundamenta a criação dos “*central purchasing bodies*”, pese embora acabe por ter consequências na regulação do mercado da contratação pública, tem em vista, em primeira linha, a *ordenação intrínseca do próprio sistema de aquisição da Administração pública*. Ora, se o grande objetivo da criação destes organismos passa pela redução dos custos de aquisição e de transação (porque se compra uma grande quantidade de uma só vez)<sup>273</sup>, compreende-se que a sua orgânica e funcionamento estejam direcionados para a obtenção do *BVfM*, e não para a supervisão prudencial e comportamental do mercado dos contratos públicos.

De resto, na maioria dos países da UE existe uma entidade especializada na centralização de compras – excetuam-se, *v.g.*, Grécia, Estónia, Irlanda, Luxemburgo, Holanda<sup>274</sup> –, e mesmo nos casos em que tais países possuam um organismo de supervisão dos contratos públicos, aquelas entidades configuram estruturas autónomas e completamente independentes destas. Veja-se o caso italiano: de um lado, a *Consip, S.p.A.*, empresa pública pertencente ao Ministério da Economia e das Finanças, cuja função é a de proceder à gestão da contratação pública centralizada; do outro, a AVCP, autoridade supervisora da contratação pública em sentido próprio, dotada de independência funcional, organizativa e financeira.

## **2.7 Conclusões intermédias: crítica ao atual modelo português de (des)regulação da contratação pública**

Chegados a este ponto da nossa reflexão, julgamos poder concluir que o sistema português de contratação pública, tal como configurado atualmente – nele confluindo diversas camadas regulatórias –, pode revelar-se pernicioso, por ineficiência, quer para a

---

<sup>272</sup> Art. 3.º/4-1) DL 117-A/2012.

<sup>273</sup> OCDE (2011: 17).

<sup>274</sup> Segundo informação constante do estudo PPN (2010).

entidade adjudicante e para os cidadãos-contribuintes (*BVfM*), quer para os próprios operadores económicos: residindo o equilíbrio do sistema no ponto ótimo de interação entre estas duas esferas<sup>275</sup>. Desde logo, essa confluência<sup>276</sup> de níveis regulatórios dificulta o conhecimento global do mercado dos contratos públicos pelo Executivo, na medida em que exige uma articulação e permanente contacto com várias entidades<sup>277</sup>. Mas não só.

Atentando na distribuição das competências sancionatórias relativamente às infrações cometidas durante o procedimento, verifica-se a existência de uma bipartição: quando o objeto do contrato a celebrar abranja prestações típicas do contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, a competência para instauração do respetivo processo contraordenacional é do InCI, nos restantes casos, da ASAE.

### 2.7.1 Da atribuição de competência sancionatória à ASAE

Ora, se compreendemos a razão de ser da atribuição de competência desta natureza ao InCI, uma vez que se trata da entidade reguladora do setor da construção e do imobiliário, dispondo, inclusive, de poderes sancionatórios próprios<sup>278</sup>, o mesmo já não acontece relativamente à atribuição dessa competência à ASAE, uma autoridade administrativa especializada no âmbito da segurança alimentar e da fiscalização económica.

A única razão que se nos afigura aceitável para a atribuição de competência sancionatória à ASAE em matéria de contratos públicos é o facto de não existir nenhuma outra entidade nacional que possua essa competência especializada. Deste modo, o legislador, ao invés de proceder à criação de uma tal entidade, que exercesse não apenas poderes sancionatórios, mas também de supervisão, controlo e fiscalização, preferiu atribuir essa competência a uma entidade já existente, com atribuições

---

<sup>275</sup> O ponto ótimo será aquele em que a Administração consegue obter o *BVfM*, induzindo, simultaneamente, certos efeitos no mercado, v.g., incentivo à inovação, crescimento sustentável das PME, prossecução de políticas ambientais e sociais.

<sup>276</sup> Não será correto usar a expressão “sobreposição” de níveis regulatórios, pois, rigorosamente, os níveis não conflituam em si: cada um é chamado a intervir na sua respetiva competência.

<sup>277</sup> Isto mesmo notam CLARICH/FIORENTINO (2006: 3.1.), que, considerando especificamente o setor das obras públicas, referem que “[u]n primo profilo di analisi attiene alla *molteplicità dei soggetti istituzionalmente competenti* (...), sia a livello di amministrazione centrale dello Stato, sia a livello territoriale (...). Di conseguenza *il raccordo tra i diversi livelli di governo costituisce il problema principale*, lo snodo essenziale per il buon esito di qualsiasi programma di infrastrutturazione [it. nosso].”

<sup>278</sup> Tal como previsto no DL 158/2002, de 23/7, que aprova a orgânica daquela entidade.

específicas na área do setor alimentar e atribuições genéricas na área da regulação económica.

Contudo, parece-nos legítimo questionar se, naqueles casos em que a empresa infratora atua num mercado cujo regulador possui competência sancionatória, é ainda aceitável que o CCP atribua à ASAE a competência para sancionar certa infração ocorrida no decurso de um procedimento adjudicatório.

Vejamos o exemplo da ERSE, cujo poder sancionatório, apesar de legalmente previsto desde 2006, só agora foi objeto de concretização pela Lei 9/2013, de 28/1, que transpõe parcialmente para a ordem jurídica nacional as Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, do PE e do Conselho, de 13/7, que estabelecem as regras comuns para o mercado interno da eletricidade e do gás natural.

Pois bem, com a concretização do poder sancionatório da ERSE, cremos não fazer sentido que uma infração praticada por um operador, concorrente ou candidato num procedimento de contratação pública, sujeito à supervisão daquela entidade, venha a ser sancionada não por esta, mas pela ASAE. Este argumento ganha mais acuidade perante a verificação do cenário que a seguir se descreve, perfeitamente possível no quadro do atual regime.

Pense-se num procedimento de adjudicação de um contrato cujo objeto não abranja prestações típicas dos contratos de empreitada ou de concessão de obras públicas, no decorrer do qual a empresa adjudicatária pratica uma infração. Acrescente-se a estes factos a circunstância de a empresa infratora integrar o SEN<sup>279</sup>, e de o procedimento adjudicatório visar a celebração de um contrato em que uma das prestações principais implica o exercício da atividade de comercialização de eletricidade, atividade essa sujeita a licenciamento prévio nos termos do art. 42.º/1 do DL 29/2006, de 15/2.

Ora, supondo que a empresa adjudicatária se encontra a exercer ilicitamente a referida atividade, quando for instada a apresentar os documentos de habilitação, designadamente, o registo habilitante ao exercício da atividade em questão, uma de duas

---

<sup>279</sup> Preceitua o art. 19.º dos Estatutos da ERSE (DL 97/2002, de 12/4, na redação que lhe foi dada pelo DL 212/2012, de 25/9): “Estão sujeitos ao poder sancionatório da ERSE todas as entidades intervenientes no Sistema Elétrico Nacional (SEN) e no Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN), cujas atividades estejam sujeitas à regulação da ERSE (...)”.

coisas necessariamente ocorrerá: ou a adjudicatária não apresenta os documentos de habilitação ou apresenta documentos de habilitação falsos.

Qualquer das referidas condutas consubstancia uma contraordenação à luz do CCP, prevista, respetivamente, nas als. *b* e *d* do seu art. 456.º. Porém, de acordo com o mesmo Código – atentemos agora nesta perplexidade legislativa –, a entidade competente para instauração do respetivo processo contraordenacional é a ASAE, nos termos do art. 461.º/1-*b*), não obstante ser a ERSE que, ao nível setorial, tem competência para sancionar quer “[o] incumprimento dos requisitos legais necessários ao exercício da atividade ou o exercício de qualquer atividade no âmbito do SEN sem a necessária permissão administrativa para esse efeito”, quer “[a] aquisição de eletricidade para efeitos de comercialização por quem não esteja registado enquanto comercializador ou por quem esteja legalmente impedido de o fazer”<sup>280</sup>.

Mas o setor da energia não é caso único; idêntico exercício pode ser feito relativamente a outros setores do mercado.

Pense-se num procedimento tendente à adjudicação de um contrato de prestação de serviços de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, a celebrar entre um município e uma empresa do setor. Ora, nos termos do art. 23.º/1 do DL 178/2006, de 5/9, que aprova o regime geral da gestão de resíduos, a atividade de tratamento de resíduos está sujeita a licenciamento<sup>281</sup>. Assim, na hipótese do adjudicatário não se encontrar licenciado para o exercício de tal atividade, sucede o mesmo cenário que no exemplo dado *supra*: não podendo apresentar documentos de habilitação (válidos), o adjudicatário só tem uma de duas saídas: ou não os apresenta ou apresenta documentos falsos.

Como já dissemos, de acordo com as normas do CCP *supra* citadas, qualquer uma destas condutas configura a prática de uma contraordenação para cuja punição é competente a ASAE. Porém, também neste caso existem entidades com competência para sancionar o exercício não licenciado da atividade de tratamento de resíduos: as

---

<sup>280</sup> Art. 28.º/1-*a*) e *c*) Lei n.º 9/2013.

<sup>281</sup> O licenciamento é da competência da ANR ou das ARR, nos termos do art. 24.º do DL 178/2006.

“entidades fiscalizadoras”, que, duma leitura conjugada das normas dos arts. 70.º/1 e 66.º do DL 178/2006, serão as ARR, a IGAOT e os municípios<sup>282</sup>.

Atentando na sua “missão e atribuições”, definidas no art. 2.º do DL 194/2012, de 23/8, que aprova a orgânica da ASAE, verificamos que as funções que lhe são cometidas “na área da fiscalização das atividades económicas”<sup>283</sup> – desconsiderando, pelas razões óbvias, as da “área da segurança alimentar”<sup>284</sup> – são bastante específicas: “fiscalizar todos os locais onde se proceda a qualquer atividade industrial”, “executar (...) as medidas destinadas a assegurar o abastecimento do País em bens e serviços considerados essenciais”, “elaborar, executar e divulgar periodicamente o programa de fiscalização do mercado, nos termos do Regulamento (CE) n.º 765/2008<sup>285</sup>”, “fiscalizar a venda de produtos e serviços nos termos legalmente previstos tendo em vista garantir a segurança e saúde dos consumidores”, “desenvolver ações de natureza preventiva e repressiva em matéria de jogo ilícito” e “exercer as competências que lhe são cometidas relativamente ao tratamento de reclamações lavradas em livros de reclamações”.

Ora, da especificidade das funções acabadas de elencar, ressalta a evidente conclusão de que a ASAE não só não é uma entidade especialmente vocacionada para zelar pelo cumprimento da legislação sobre contratos públicos, como o escopo das suas funções tem uma natureza eminentemente direcionada à proteção do consumidor e à supervisão do funcionamento do mercado (na sua aceção mais lata).

### **2.7.2 Da atribuição de competência sancionatória à AC**

Quanto à competência sancionatória que a AC possui relativamente a factos praticados durante um procedimento adjudicatório e que sejam passíveis de configurar uma infração às normas de direito da concorrência (v.g. os casos previstos no art. 70.º/2-*e*) e *g*)) a situação é muito diversa, inexistindo fundamento para quaisquer críticas.

É que, nestes casos, não obstante a violação dessas normas acontecer no âmbito dum procedimento de contratação pública, os bens jurídicos por elas tutelados situam-se no campo de supervisão direta da AC. Assim, é perfeitamente justificável não só que o legislador do CCP não tenha classificado como contraordenação a violação das

---

<sup>282</sup> V. tb. art. 70.º/2 DL 178/2006.

<sup>283</sup> Art. 2.º/2-*a*) DL 194/2012.

<sup>284</sup> Art. 2.º/2-*b*) DL 194/2012.

<sup>285</sup> Que estabelece os requisitos de acreditação e fiscalização do mercado relativos à comercialização de produtos.

sobreditas normas, como tenha instituído a entidade adjudicante no dever de comunicar à AC a exclusão com fundamento nas mesmas, para que esta atue da forma que tiver por conveniente, uma vez que em causa está a violação de normas por cuja observância apenas a essa Autoridade compete velar.

Em suma: 1) a competência sancionatória da AC não é atribuída pelo CCP, mas pela LC e pelos Estatutos daquela Autoridade; 2) o CCP limita-se a estabelecer, relativamente às entidades adjudicantes, um dever de comunicação à AC da exclusão de propostas com fundamento na possível violação das regras da concorrência.

Daqui resulta que a AC não sanciona factos que tenham infringido normas de direito da contratação pública, sanciona, sim, factos que tenham violado normas de direito da concorrência, ainda que situadas, circunstancial e temporalmente, num procedimento de adjudicação de um contrato público. Trata-se, pois, de uma situação muito diversa da do sancionamento de infracções que violam normas do CCP por parte da ASAE.

### **2.7.3 Necessidade de *accountability***

Além dos argumentos oferecidos no ponto 2.7.1, relativos à distribuição de competências sancionatórias por infrações praticadas no decurso de um procedimento adjudicatório, outros podem ser avançados para comprovar a ineficiência e obsolescência do atual modelo de regulação da contratação pública em Portugal.

Desde logo, e muito mais elementar do que quaisquer críticas estruturais ou funcionais que sejam trazidas ao debate, a ideia de escrutínio público, irremediavelmente ligada ao princípio do Estado de Direito Democrático<sup>286</sup>. E ao falarmos em escrutínio público temos em mente uma outra ideia: a de responsabilização dos poderes públicos pelos seus atos, e, por conseguinte, da Administração contratante.

Ora, muito ligada a esta ideia de responsabilização (“*accountability*”) surge uma outra, que tem sido sublinhada por diversas instâncias, quer a nível europeu, quer

---

<sup>286</sup> A este propósito, MAJONE (1996: 284), acompanhando VELJANOVSKI, considera que as “*independent agencies can be seen only as ‘constitutional anomalies which do not fit well into the traditional framework of controls, checks and balances’*”. Sobre o conceito de *independent agencies* no direito norte-americano, v. B. COOK/K. FABRIZIO/L. AKINS (1986).

mundial<sup>287</sup>, que assenta na criação de autoridades nacionais independentes para a supervisão da atividade contratual pública.

Por outro lado, associada à *accountability* está a ideia de *integrity*. Esta última alicerça-se em razões de natureza não só económica, mas também social, porquanto, como referem ARROWSMITH/LINARELLI/WALLACE (2000: 37), “whilst preventing corruption is to some extent an aspect of ‘value for money’, concern with the problem of corruption goes beyond this, and maintenance of integrity in procurement can to this extent be seen as an ‘objective’ of procurement policy in its own right.”

Não se pense, contudo, que o combate à corrupção nos contratos públicos se faz, necessária e unicamente, através da criação de mecanismos legais, como a consagração de regras rígidas ao nível da transparência e da publicidade do procedimento<sup>288</sup>. De pouco servirão tais regras na ausência de expedientes que permitam lograr a sua efetiva aplicação. A questão que devemos colocar é: como assegurar a integridade na contratação pública se não se criarem mecanismos que garantam a efetivação da *accountability* da Administração contratante?

A ponte entre os conceitos de *integrity* e *accountability* tem sido estabelecida quer institucional<sup>289</sup>, quer doutrinariamente<sup>290</sup>, podendo resumir-se tal relação na seguinte afirmação: “[a] key condition for a public procurement system to operate with integrity is the availability and effectiveness of *accountability* and control mechanisms.”<sup>291/292</sup>

É precisamente no cruzamento destes valores – *integrity* e *accountability* – por referência à mesma realidade (a contratação pública) que surge a exigência, ou, mais

---

<sup>287</sup> Dos documentos analisados verifica-se que a criação de autoridades deste tipo é sugerida – ou mesmo efetivada – sobretudo no domínio dos recursos (quer enquanto órgão de primeira instância, quer de apelação) de decisões tomadas em sede de procedimento adjudicatório – v., v.g., CE (1996: 17), BANCO MUNDIAL (2001: viii, 9).

<sup>288</sup> Neste exato sentido, COPPIER/PIGA (2006: 4-5) referem que “transparency might not be enough to eradicate corruption at a cost which is compatible with society’s agreement to eradicate it.”

<sup>289</sup> V.g. pela OCDE (2005, 2005a e 2007).

<sup>290</sup> V., v.g., SOUDRY (2010).

<sup>291</sup> OCDE (2009: 13).

<sup>292</sup> Defendendo uma perspetiva de controlo dos procedimentos pré-contratuais que garanta a efetivação da *accountability* dos agentes públicos, tendo em vista, designadamente, o combate à “prevenção da corrupção e do favoritismo”, M. RAIMUNDO (2012: 289 e ss.).

corretamente, a necessidade, política e social, de supervisão da atividade contratual pública<sup>293</sup>.

O que acaba de se dizer adquire valor reforçado se trouxermos à tona um argumento apresentado amiúde no debate político nacional dos últimos tempos, mormente a propósito das “derrapagens” das PPP, mas que tantas vezes parece cair no esquecimento: quem paga a conta do Estado são os cidadãos-contribuintes.

Nesta senda, SOUDRY (2010: 433) realça que a *accountability* é importante, não apenas da perspetiva do direito administrativo, mas também devido aos efeitos de ordem económica que se podem manifestar na ausência de supervisão dos contratos públicos: o aumento da corrupção e do nepotismo; a adoção de critérios pouco claros e objetivos; a retração de potenciais fornecedores do Estado em responderem à demanda pública, e a conseqüente distorção de mercado e perda de *VfM*, no sentido em que operadores com menos *expertise* ou bens de menor qualidade podem ser contratados/adquiridos pelo preço de operadores/bens altamente qualificados.

Por último, e em resultado de todos estes efeitos, o autor aponta a diminuição do bem-estar social como “externalidade” da ausência de supervisão da contratação pública.

Pois bem, como explica M. LODGE (2004: 124), quando se fala em “accountability and transparency in regulation” o que se pretende saber é “who is accountable to whom and for what”.

No caso da contratação pública, parece-nos que será “accountable”, desde logo, a entidade adjudicante, que, enquanto parte da Administração Pública, deve explicações aos cidadãos-contribuintes sobre a forma como prossegue os seus interesses. Mas sê-lo-ão também os próprios operadores económicos, e não porque devam quaisquer explicações ao público em geral ou tenham que tutelar certas expetativas dos cidadãos (não têm: eles atuam enquanto fornecedores de bens/serviços num mercado concorrencial, e o que se espera deles é a luta pela obtenção do lucro), mas porque o que

---

<sup>293</sup> Neste sentido, MAJONE (1996: 285-6) entende que “[t]he growing importance of such institutions in all democratic countries shows that for many purposes reliance upon qualities such as expertise, professional discretion, policy consistency, fairness or independence of judgement is considered to be more important than reliance upon direct political accountability.”

se pretende com um *modelo de regulação eficaz e eficiente* do mercado dos contratos públicos é a *supervisão e fiscalização transversal do mesmo*.

Quanto a saber quem efetua essa supervisão e fiscalização (“accountable to whom”), que, obviamente, incidirá sobre esses dois grupos de atores do mercado (entidade adjudicante e operadores económicos), terá, necessariamente, de ser uma terceira entidade, *i.e.*, *exterior* quer à entidade adjudicante, quer aos operadores económicos, e *independente* do poder público.

Por fim, no que concerne ao “accountable for *what*”, trata-se, evidentemente, de uma responsabilização por violação de normas e regras do direito da contratação pública.

Na Parte III aprofundaremos a explicação das ideias aqui avançadas, e, partindo do cotejo entre experiências de outros ordenamentos jurídicos, chegaremos à concretização do núcleo fundamental de atribuições e características que, imprescindivelmente, uma entidade reguladora da contratação pública deve prosseguir e possuir.

## PARTE III – APOLOGIA DE UMA AUTORIDADE REGULADORA PARA A CONTRATAÇÃO PÚBLICA

*Ensuring the effective functioning of public procurement markets (and thereby maximising value for money for citizens) necessitates addressing two distinct but inter-related challenges:*

- (1) ensuring integrity in related administrative processes (i.e. preventing corruption on the part of public officials); and*
- (2) promoting effective competition among alternative suppliers, including by preventing collusion among suppliers*

ANDERSON/KOVACIC (2009: 68)

### 3.1 Considerações prévias

A indagação sobre a criação de uma autoridade reguladora da contratação pública convoca a análise de variadíssimas circunstâncias e reclama resposta a outras tantas questões.

Começemos por apreciar o problema inserindo-o no contexto do direito comunitário.

Antes de mais, refira-se que as Diretivas são omissas quanto à possibilidade de criação de uma entidade de supervisão e fiscalização da contratação pública.

O art. 81.º da Diretiva 2004/18, sob a epígrafe “mecanismo de acompanhamento”, faz impender sobre os Estados-membros o dever de garantir a aplicação da Diretiva por meio de mecanismos eficazes, abertos e transparentes, mencionando a faculdade de, para esse efeito, designarem ou estabelecerem um órgão independente. Convém, no entanto, esclarecer que esta norma não se refere a uma AR da contratação pública, *i.e.*, a uma entidade de supervisão e fiscalização em sentido próprio, mas, tão-só, a um “mecanismo de acompanhamento” da aplicação da Diretiva.

A redação original da Proposta comportava algumas alterações a este respeito, deixando para trás a ideia de um mero “mecanismo de acompanhamento”, referindo-se antes a um “organismo independente responsável pela fiscalização e coordenação das atividades de execução”, cuja designação seria obrigatória e relativamente ao qual todas as autoridades adjudicantes estariam sujeitas<sup>294</sup>. Seriam atribuições desse organismo, designadamente, a elaboração de um relatório anual incluindo informação “sobre os casos comunicados de fraude, corrupção, conflitos de interesses e outras irregularidades graves no domínio dos contratos públicos”, e os Estados-Membros deveriam dotá-lo de poderes para interpor recurso judicial “contra as decisões das entidades adjudicantes, relativamente a uma violação detetada no *decurso da sua atividade de acompanhamento e de aconselhamento jurídico* (it. nosso).”<sup>295</sup>

Contudo, o PE eliminou a norma em questão, com fundamento em que uma tal imposição acarretaria um aumento significativo da carga administrativa, representando uma ingerência na organização interna dos Estados-Membros, devendo, por isso, a existência de um organismo dessa natureza ficar ao critério dos mesmos.

Percorramos alguns ordenamentos jurídicos a fim de tentar descortinar como é neles prosseguida a regulação do mercado da contratação pública, concretamente na perspetiva da intervenção institucional, tendo em vista apurar se existem, em países da UE ou terceiros, entidades com competência específica para o regular este mercado, e, em caso afirmativo, saber qual a sua natureza e as concretas atribuições e poderes em que são investidas.

### **3.2 Direito Comparado**

O resultado da análise de direito comparado que efetuámos, sem qualquer pretensão de ser exaustiva, evidencia a existência de três tipos de modelos dominantes quanto ao que à supervisão dos contratos públicos diz respeito.

---

<sup>294</sup> Art. 84.º/1 da versão original da Proposta.

<sup>295</sup> Art. 84.º/3 versão original da Proposta.

### 3.2.1 Países que possuem uma *autoridade independente* para a supervisão dos contratos públicos

#### a) Itália

O caso italiano é paradigmático, pois trata-se de um ordenamento jurídico onde existe uma verdadeira entidade administrativa independente para a supervisão do mercado da contratação pública: a *Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture* (AVCP)<sup>296</sup>.

Esta autoridade foi instituída em 1994, pela Lei 109/94, de 11/2 – conhecida como “*Leggi Merloni*”, revogada pelo D. Lgs. 163/2006, de 2/5, diploma de transposição das Diretivas 2004/18 e 2004/17 (CCPi) –, com o propósito de supervisionar todo o sistema de contratação pública nacional, quer ao nível do governo central, quer ao nível do governo regional<sup>297</sup>.

Quase com vinte anos de existência, a AVCP de hoje não é a mesma que a da *Leggi Merloni*, à luz da qual assumia sobretudo uma natureza de guardião do setor das obras públicas, garantindo a observância das regras e procedimentos, e velando pelo correto funcionamento daquele setor, na aceção do art. 97.º da Constituição italiana (GIAMPAOLINO, 2010: 605-6)<sup>298</sup>. Com o advento das Diretivas de 2004, e sua respetiva transposição para o ordenamento italiano em 2006, esta autoridade assumiu novas funções – *de regulação dos setores e do mercado em geral*, tendo em vista a proteção da concorrência. Deste modo, a amplitude das suas atribuições estendeu-se muito além do escopo da mencionada norma constitucional (GIAMPAOLINO, 2010: 605-6).

Trata-se de um órgão de natureza colegial, composto por sete membros, designados segundo decisão conjunta do Presidente da Câmara dos Deputados e do Presidente do Senado<sup>299</sup>. Visando a garantia da imparcialidade, tais membros assumem

---

<sup>296</sup> Apesar da sua designação, a competência da autoridade estende-se aos setores especiais (art. 6.º/5 CCPi) – v., sobre este tema, NICTOLIS (2007: 54-55).

<sup>297</sup> Com efeito, a AVCP supervisiona igualmente os contratos públicos excluídos da aplicação do Código, com o objetivo de que, mesmo quanto a esses, ainda que não sujeitos ao regime específico das Diretivas, seja salvaguardada a observância dos princípios gerais da contratação pública, designadamente os consagrados no art. 2.º CCPi, bem como tendo em vista assegurar que a escolha do cocontratante é feita exclusivamente segundo critérios objetivos e na observância dos princípios da imparcialidade e da concorrência (art. 6.º/5 CCPi) – v. NICTOLIS (2007: 55).

<sup>298</sup> Aquele preceito constitucional estabelece no seu pg. 1.º: “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che *siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione* (it. nosso).”

<sup>299</sup> Art. 6.º/2 CCPi.

funções de exclusividade com a AVCP, estando-lhes vedado o exercício de atividades de consultoria, de direção ou colaboração com quaisquer outras entidades, públicas ou privadas, bem como a ocupação de cargos públicos de qualquer natureza, designadamente eletivos ou políticos<sup>300</sup>.

A AVCP é uma autoridade dotada de autonomia organizativa e independência funcional, decisória e avaliativa, que prossegue um vasto leque de competências de supervisão, para cujo exercício lhe são atribuídos, quer pelo CCPi, quer por legislação avulsa, poderes de fiscalização, inspeção e sanção<sup>301</sup>. No domínio financeiro, a Lei 266/2005, de 23/12 (lei do orçamento de Estado para 2006) veio conferir-lhe autonomia<sup>302</sup>. Não se trata, porém, de uma autonomia total, porquanto continuam a ser realizadas transferências do orçamento de Estado a seu favor<sup>303</sup>. Para GIAMPAOLINO (2010: 607), a autonomia financeira constitui um importante índice de independência, na medida em que desvincula a autoridade face às decisões do Executivo e do Parlamento constantes de legislação sobre matéria financeira.

Quanto à dinâmica funcional, a AVCP tem três gabinetes auxiliares externos à sua organização: o Núcleo de Avaliação, a Comissão de Controlo da Regularidade Financeira e o Comité para o Pré-contencioso<sup>304</sup>. Ao nível da estrutura orgânica, é constituída pelo Presidente e pelo Conselho, pelo gabinete do Secretário-Geral e por

---

<sup>300</sup> Art. 6.º/2/3 CCPi.

<sup>301</sup> Os poderes sancionatórios da AVCP incidem sobre os operadores económicos e sobre as entidades adjudicantes (arts. 38.º/1-d)/4 do *Regolamento di Organizzazione* da AVCP (RO) e 6.º/7-l)/8/11 CCPi).

<sup>302</sup> V. art. 1.º, 65 da lei 266/2005. As receitas próprias da autoridade advêm da cobrança de taxas, cujos valores variam, consoante o valor do respetivo contrato, entre € 30 e € 800 para as entidades adjudicantes, e € 20 e € 500 para as empresas. De notar que pela celebração de contratos abaixo de € 40.000 não é cobrada qualquer taxa, e, ainda, que enquanto as entidades adjudicantes são taxadas relativamente a todos os contratos acima daquele valor, os operadores económicos só pagam taxas por contratos de valor igual ou superior a € 150.000.

<sup>303</sup> Com efeito, o referido art. 1.º, 65 da Lei 266/2005 estabelece que a atividade da AVCP é financiada pelo mercado relevante, “per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato”; também o *Codice*, no seu art. 8.º, 12 preceitua que, no exercício das competências a que se referem os arts. 6.º, 7.º e 8.º, “l’autorità fa fronte senza nuovi e maggiore oneri a carico del bilancio dello Stato”; por fim, o orçamento da AVCP para 2013 (aprovado por *deliberazione* do seu Presidente em 20.12.2012 – publicada na *Gazzetta Ufficiale* n.º 27, de 1.2.2013, e anexo à mesma) na rubrica “entrate correnti – trasferimenti da parte dello Stato” consta o valor de € 169.000.

<sup>304</sup> Art. 2.º/1/2 do RO. O *Núcleo de Avaliação* é um órgão de *compliance*, composto por um Presidente e dois membros externos, que opera autonomamente, reportando os resultados da sua atividade diretamente ao Conselho. Compete-lhe, entre outras coisas, avaliar o desempenho dos diversos órgãos da autoridade, a correta gestão dos recursos, a eficácia e imparcialidade da ação administrativa e a implementação das decisões do Conselho (art. 23.º RO). À *Comissão de Controlo da Regularidade Financeira*, integrada igualmente por membros externos à AVCP (um dos quais, presidente) e dotada de autonomia funcional, compete aprovar o orçamento e as contas finais da autoridade, reportando diretamente ao Conselho (art. 25.º RO). O *Comité para o Pré-contencioso*, composto por especialistas externos nomeados pelo Conselho, destina-se a apoiar o Gabinete de Pré-contencioso, sob a tutela do Secretário-Geral (art. 21.º/1-c) RO), na elaboração dos pareceres solicitados pelas partes em resultado de controvérsias que emergem dos procedimentos adjudicatórios (arts. 6.º/7-n) CCPi e 21.º RO).

cinco Direções Gerais – o Observatório dos Contratos Públicos, a Direção Geral de Supervisão dos Contratos Públicos, a Direção Geral de Supervisão do Sistema de Qualificação e do Sistema Sancionatório, a Direção Geral de Administração e Finanças e o Observatório dos serviços informáticos e das telecomunicações<sup>305</sup>. Detenhamo-nos nas três primeiras, que, quanto a nós, representam exemplarmente aquilo que devem ser as bases estruturantes de uma entidade especializada para a regulação do mercado dos contratos públicos.

O *Observatório dos Contratos Públicos* (OCP) é composto por uma secção central e secções regionais, estabelecidas nas regiões e províncias autónomas de Itália, sendo que as segundas reportam à primeira os dados e as informações necessárias para que aquela prossiga as suas funções<sup>306</sup>, entre as quais se destacam: a determinação anual do preço estandardizado para cada tipo de contrato, por referência à sua natureza específica (obras públicas, serviços ou fornecimento) e a concretas áreas geográficas<sup>307</sup>; a criação de um portal eletrónico que permita o contato permanente com as entidades adjudicantes, de forma a obter informação o mais atual possível sobre os contratos públicos; e a realização do tratamento estatístico dos dados dos diferentes mercados de contratos públicos (v.g. número de contratos adjudicados e respetivos valores, agrupados por localização, entidade adjudicante e tipo de procedimento)<sup>308</sup>.

Do exposto é notório que o OCP desempenha essencialmente funções de supervisão e análise dos mercados, contribuindo para uma correta compreensão das suas dinâmicas económicas<sup>309</sup>.

A *Direção Geral de Supervisão dos Contratos Públicos* integra duas estruturas – o *núcleo de inspeção* e o *núcleo administrativo* – que atuam com base em denúncias ou por iniciativa própria, incumbindo-lhe verificar o cumprimento da legislação sobre contratos públicos, bem como identificar os problemas gerais do mercado dos contratos públicos, em conjunto com o Gabinete de Estudos Normativos, Legislação e Regulação do mercado, tendo em vista a preparação de atos de alcance geral, posteriormente submetidos à aprovação do Conselho<sup>310</sup>.

---

<sup>305</sup> Arts. 2.º/3, 6.º, 13.º, 20.º e 35.º e ss *RO*.

<sup>306</sup> Art. 7.º/1/4/11 CCPI.

<sup>307</sup> Os preços são calculados tendo em conta os dados fornecidos pelo *Instituto Nazionale di Statistica*, e a sua publicação é feita na *Gazzetta Ufficiale* (art. 7.º/4-c)/5 CCPI).

<sup>308</sup> Art. 7.º/4 CCPI.

<sup>309</sup> Art. 36.º/1 *RO*.

<sup>310</sup> Art. 37.º *RO*.

A *Direção Geral de Supervisão do Sistema de Qualificação e do Sistema Sancionatório* divide-se em três áreas de atuação especializada: obras públicas (i), contratos de fornecimento e de serviços (ii), e ação sancionatória e de registo de dados a serem incluídos no registo criminal dos operadores (iii)<sup>311</sup>. A primeira efetua a monitorização do sistema de qualificação<sup>312</sup>, designadamente mediante o acompanhamento da atividade do SOA<sup>313</sup>. A segunda tem a missão de criar e desenvolver um sistema de certificação das empresas que operam nesses mercados e respetiva supervisão do mesmo, no âmbito do qual é instituído o Gabinete de Certificação dos prestadores de serviços e fornecimentos<sup>314</sup>. A terceira é constituída por quatro gabinetes: dois responsáveis pela ação sancionatória, e outros dois com a função de processar informaticamente o registo criminal das empresas que operam no setor das obras públicas e das que operam no mercado de serviços e fornecimentos<sup>315</sup>.

No concernente às relações externas e cooperação com órgãos do Estado, a AVCP deve, no exercício das suas competências de supervisão, comunicar ao Governo e ao Parlamento a existência de violações graves ou a aplicação distorcida da legislação, com especial enfoque para os casos em que da execução do contrato resultem prejuízos para o erário público, situação que deve ser comunicada ao Procurador-Geral da *Corte dei Conti*<sup>316</sup>. Além deste dever de informação relativamente a outros órgãos, a AVCP apresenta anualmente um relatório dando conta dos problemas evidenciados no mercado da contratação pública, e, como supervisora que é, pode formular propostas de alteração legislativa no âmbito da contratação pública<sup>317</sup>.

Na mesma linha, assume vestes de órgão consultivo quando, mediante solicitação da entidade adjudicante e/ou dos operadores económicos envolvidos no procedimento, emite pareceres não vinculativos sobre questões suscitadas no decorrer do mesmo (*“parere di precontenzioso”*), apresentando uma resolução para a

---

<sup>311</sup> V. art. 38.º/2 RO.

<sup>312</sup> À luz do CCPi, a *qualificação* representa, neste contexto, o mesmo que a *habilitação* no CCP: trata-se de um sistema de reconhecimento/certificação/atestação de competências. No direito italiano, a qualificação é obrigatória apenas para as empresas que operam no mercado das obras públicas e só para contratos de valor superior a € 150.000 (art. 40.º CCPi); é atribuída segundo regras constantes de regulamento próprio, podendo ser objeto de revisão (alteração para categoria diversa) ou revogação. As entidades responsáveis pela qualificação dos operadores económicos são de direito privado (*Società Organismi di Attestazione* – SOA), previamente autorizadas pela AVCP (40.º/3 CCPi).

<sup>313</sup> Art. 38.º/2-a)/3 RO.

<sup>314</sup> Art. 38.º/2-c)/5 RO.

<sup>315</sup> Art. 38.º/4 RO.

<sup>316</sup> Art. 6.º/7-e)/13 CCPi.

<sup>317</sup> Art. 7.º-h),f) CCPi.

controvérsia que lhe foi apresentada<sup>318</sup>. Outra importante função prosseguida por esta autoridade é a emissão de diretrizes (“*determinazioni*”<sup>319</sup>) sobre a aplicação da legislação, designadamente, no domínio da interpretação de normas, ou de pareceres técnicos sobre determinada questão (“*parere sulla normativa*”<sup>320</sup>), normalmente solicitados a propósito da interpretação de normas.

No âmbito do exercício da sua *attività ispettiva*, a AVCP pode requerer documentos, solicitar informações e esclarecimentos, quer às entidades adjudicantes quer aos operadores económicos, realizar inspeções *on-site*, inclusivamente com possibilidade de recurso a peritos sobre matérias de relevo para a investigação<sup>321</sup>. O incumprimento, por parte das entidades supervisionadas, do dever de colaboração com a autoridade no exercício da sua competência inspetiva e de supervisão, bem como a prestação de informações ou documentação falsa, legitima a aplicação de sanções pecuniárias<sup>322</sup>.

Cumprê sublinhar que, não obstante a AVCP desempenhar funções de garantia da tutela de interesses constitucionalmente consagrados, como a igualdade, a concorrência, a eficiência e a boa Administração, a mesma não é dotada de poderes de supremacia hierárquica relativamente às entidades adjudicantes, não podendo, por conseguinte, anular as medidas adotadas no decurso do procedimento adjudicatório (GIAMPAOLINO, 2010: 613).

PIGNATARO (2010: 162) entende que a AVCP tem, essencialmente, uma função de controlo e de supervisão e não tanto de “legal enforcement”, na medida em que – refere o autor – “la tutela dell’effettivo rispetto di questi principi [“correttezza e trasparenza (...) economicità ed efficiente esecuzione dei contratti”] non dipende, nella maggioranza dei casi, dal potere dell’autorità bensì dall’intervento di altri soggetti dotati di poteri ben più incisivi in tal senso.” Neste sentido, o autor conclui que, muito embora aquela autoridade tenha um papel fulcral na supervisão dos contratos, não consegue

---

<sup>318</sup> Art. 6.º/7-n) CCPi. Trata-se de um mecanismo de *risoluzione alternativa de litígios*, que, segundo informação constante do sítio oficial da AVCP na internet, tem apresentado resultados de notável sucesso, não só porque os atores do procedimento se têm mostrado proactivos na utilização do mesmo, mas também devido à elevada percentagem de aceitação das soluções propostas pela autoridade.

<sup>319</sup> V., v.g., *Determinazione 7*, de 24.11.11, “Linee guida per l’applicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa nell’ambito dei contratti di servizi e forniture”, disponível em <http://www.autoritalavoripubblici.it/>.

<sup>320</sup> V. v.g., *Parere sulla normativa* AG 37/12, de 20.2.13, disponível em <http://www.autoritalavoripubblici.it/>.

<sup>321</sup> Arts. 6.º/9-a) a c) do CCPi e 33.º/2, 37.º/1-a), 37.º/2-a) RO.

<sup>322</sup> Art. 6.º/11 CCPi.

garantir, *per si*, o efetivo cumprimento das regras da contratação pública, pois não possui os poderes necessários para tal.

## **b) Turquia**

À semelhança da Itália, na Turquia existe uma autoridade independente, dotada de autonomia administrativa e financeira – a *Kamu İhale Kurumu* (KIK). Esta autoridade foi criada em 2002 pela Lei 4734, sendo os seus membros nomeados pelo Conselho de Ministros, segundo proposta do Ministério das Finanças<sup>323</sup>.

A importância de uma entidade independente com competência em matéria de “procurement policy”, à qual coubesse o desenvolvimento do quadro legislativo nessa matéria, a monitorização da observância das regras da contratação pública e a apreciação de reclamações dos operadores económicos, tinha já sido sublinhada pelo Banco Mundial, em 2001, no relatório sobre a contratação pública na Turquia<sup>324</sup>.

Algumas das suas fontes de financiamento são a cobrança de taxas aos cocontratantes, pela celebração de contratos cujo valor exceda 100 bilhões de liras turcas<sup>325</sup>, ou aos concorrentes, por motivo “de apelação”<sup>326</sup>, sendo que outra parte da receita advém de atividades desenvolvidas pela própria autoridade (v.g. cursos, seminários, ações de formação)<sup>327</sup>.

Entre as funções prosseguidas pela KIK destacam-se: a análise e subsequente resposta às queixas dos operadores económicos que aleguem violações à lei durante a fase pré-contratual por parte da entidade adjudicante, a preparação de legislação

---

<sup>323</sup> V. art. 53.º-a) e c) Lei 4734, publicada no Jornal Oficial n.º 24648, de 22.1.02.

<sup>324</sup> BANCO MUNDIAL (2001: viii, ix, 17, 23). Esta necessidade foi especialmente evidenciada relativamente ao procedimento de recurso das decisões das entidades adjudicantes: “The GPL [Government Procurement Law], therefore, lacks a well-structured procedure for the administrative review of bid protests by an independent administrative body. Such a procedure is an essential element of transparency in all good national public procurement systems. Furthermore, based on the interviews conducted for this assessment, it is evident that even the current procedure is seldom put to the test, as Turkish bidders hardly ever register protests against contract award decisions, so worried are they about damaging their future business prospects with public-sector clients.” – BANCO MUNDIAL (2001: 9)

<sup>325</sup> Correspondentes a 0,05% do preço contratual (art. 53.º-j), n.º 1 da Lei 4734).

<sup>326</sup> A taxa é fixa e varia consoante o valor do contrato, v.g. 1152 liras turcas para contratos cujo valor estimado exceda 576.000 liras turcas e 2305 liras turcas para contratos entre 500.000 e 1M (cf. arts. 53.º-j), n.º 2, e 56.º Lei 4734). Trata-se de uma taxa cobrada pela KIK para examinar a “queixa de apelação” – segundo o art. 56.º da Lei 4734, os operadores só podem recorrer à KIK depois de terem reclamado diretamente à entidade adjudicante – interposta por um concorrente que se sente lesado nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos por certa decisão da entidade adjudicante. As decisões da KIK neste tipo de processo podem ser objeto de recurso jurisdicional (art. 57.º Lei 4734).

<sup>327</sup> Art. 53.º-j), n.º 3 Lei 4734.

relacionada com contratos públicos, a recolha de informação e a elaboração de relatórios estatísticos, e a atualização do registo de pessoas inibidas de participar em procedimentos adjudicatórios<sup>328</sup>.

É importante observar que no concernente à impugnação das decisões da entidade adjudicante tomadas no decorrer dum procedimento adjudicatório, o ordenamento jurídico turco impõe a regra da precedência. Ou seja, os operadores que pretendam reagir contra uma dada decisão da entidade adjudicante devem fazê-lo, primeiramente, através duma reclamação junto da mesma, e só depois, caso não fiquem satisfeitos com a decisão, podem colocar o caso à consideração da KIK (GÖZEL, 2005: 57-8). Também a impugnação judicial está sujeita a esta regra, pelo que os operadores económicos insatisfeitos com uma medida administrativa tomada no decurso dum procedimento pré-contratual só têm legitimidade para recorrer aos tribunais após terem reclamado quer junto da própria entidade adjudicante, quer junto da KIK (GÖZEL, 2005: 57-8)<sup>329</sup>.

### **3.2.2 Países que possuem organismos *funcionalmente dependentes* do Estado com competência em matéria de contratos públicos**

Este modelo, que encontramos, *v.g.*, na Polónia, na República Eslovaca, na Lituânia, na Roménia e em Malta, caracteriza-se pela existência de um órgão de supervisão dos contratos públicos, afastando-se, no entanto, do modelo caracterizado no ponto 3.2.1, porquanto não se trata, aqui, de um organismo independente, mas integrado funcionalmente na estrutura estadual.

#### **a) Lituânia<sup>330</sup>**

Na Lituânia, a entidade responsável pela implementação das políticas e pela supervisão do mercado da contratação pública, designadamente no que concerne ao controlo da legalidade dos procedimentos é o *Viešųjų Pirkimų Tarnyba* (VPT).

---

<sup>328</sup> Art. 53.º-b) Lei 4734.

<sup>329</sup> Arts. 54.º a 57.º Lei 4734.

<sup>330</sup> Para um enquadramento geral do sistema de contratação pública na Lituânia, *v.* PPN (2010: 119-26).

Trata-se de uma entidade que funciona sob a tutela do Ministério da Economia e que não possui autonomia financeira<sup>331</sup>. O exercício da supervisão pelo VPT concretiza-se em competências de várias ordens, como a aprovação do valor dos contratos, a fiscalização da sua execução e a recolha e análise de dados sobre o funcionamento do mercado dos contratos<sup>332</sup>. O VPT não funciona como órgão de resolução alternativa de litígios, pelo que, perante uma violação das regras da contratação pública, os interessados devem reclamar junto da própria entidade adjudicante, órgão com competência para decidir em primeira instância, e somente depois de movido esse recurso e de se conhecer a decisão daquela entidade é possível recorrer para os tribunais (OCDE, 2007: 80).

#### **b) Polónia<sup>333</sup>**

Apesar da existência de outros órgãos de controlo, como o *Najwyższa Izba Kontroli* (órgão congénere a um TdC) e os *Regionalnych Izb Obrachunkowych* (órgãos integrados na máquina estadual, responsáveis pelo controlo, ao nível das administrações locais, da gestão dos dinheiros públicos do ponto de vista da sua conformidade com as leis fiscais<sup>334</sup>), a supervisão propriamente dita do mercado da contratação pública é efetuada pelo *Urząd Zamówień Publicznych* (UZP).

Trata-se de um órgão integrado na estrutura governamental, criado na sequência do *Ustawy – Prawo Zamówień Publicznych* de 10.6.94<sup>335</sup> e que se encontra em funções desde 1995. O seu presidente não só é nomeado pelo primeiro-ministro, como a este se encontra subordinado, sendo também aquele que define a organização e estatutos do PPO<sup>336</sup>.

O UZP é composto por oito departamentos, dois dos quais especificamente vocacionados para o controlo dos contratos públicos: o departamento de controlo *ad hoc* e o departamento de controlo dos contratos cofinanciados por fundos da UE. A função *core* desta entidade é a fiscalização do cumprimento da legislação em matéria de contratos

---

<sup>331</sup> Art. 8.º Lei I-1491, de 13.8.96 (*Viešųjų Pirkimų Įstatymas – VPĮ*) – lei da contratação pública na Lituânia), modificada pela última vez em 17.1.13.

<sup>332</sup> Art. 8.º/1, als. 2), 5) e 11) VPĮ.

<sup>333</sup> Para um enquadramento geral do sistema de contratação pública na Polónia, v. PPN (2010: 151-64).

<sup>334</sup> OCDE (2002: 41).

<sup>335</sup> Revogado pelo *Prawo Zamówień Publicznych* (PZP) de 29.1.2004 – Trata-se de um diploma equivalente ao nosso CCP, cuja tradução para o português corresponde a “Ato para a contratação pública”.

<sup>336</sup> Arts. 153.º/1 e 152.º/2/3 PZP.

públicos, sendo de realçar a atribuição expressa dessa função ao UZP, no art. 161.º/1 do PZP: “The PPO President shall control the award of contracts”, completando, depois, no n.º 2 do preceito: “The objective of controls is to prove the conformity of contract award procedures with the Act.”

A lei atribui-lhe, todavia, uma série de outras funções: elaborar propostas de atos normativos, apresentar relatórios anuais ao Conselho de Ministros e à CE sobre o estado da contratação pública, e ao primeiro-ministro, um relatório sobre o funcionamento da *Krajowa Izba Odwoławcza* (KIO)<sup>337</sup>, que tenha em conta os problemas resultantes da adjudicação de contratos<sup>338</sup>.

### c) Roménia<sup>339</sup>

A Roménia é outro país que se insere neste modelo: possui uma entidade especificamente criada para a supervisão dos contratos públicos, mas que não é independente, estando funcionalmente ligada ao Estado – a *Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice* (ANRMAP). Trata-se de uma instituição pública, subordinada ao Governo e sob a coordenação direta do Primeiro-Ministro, criada pelo GEO 74/2005. A ANRMAP está organizada em oito departamentos, além do gabinete do presidente – nomeado pelo Primeiro-Ministro –, entre os quais destacamos a *Direcção-Geral de Regulação e Avaliação Ex-Ante* e a *Direcção-Geral de Supervisão e Avaliação Ex-Post*.

Além desta, o sistema romeno é ainda composto por outras duas entidades: a *Unitatea pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice* (UCVAP) e o *Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor* (CNSC). A primeira, integrada no Ministério das Finanças, e constituída por organismos descentralizados ao nível da Administração local, tem como principal competência a verificação da regularidade dos procedimentos antes de o contrato ser assinado pelas partes<sup>340</sup>. O segundo é um órgão

---

<sup>337</sup> Cujá função é proceder ao exame dos recursos emergentes de conflitos que surjam no decorrer do procedimento adjudicante (art. 172.º/1 PZP – note-se que não se trata de um órgão jurisdicional, mas administrativo e, como tal, as suas decisões são passíveis de recurso contencioso), contanto que estes sejam precedidos de reclamação direta para a entidade (OCDE, 2007:91).

<sup>338</sup> Art. 154.º PZP.

<sup>339</sup> Para um enquadramento geral do sistema de contratação pública na Roménia, v. PPN (2010: 173-8).

<sup>340</sup> Informação retirada do sítio do Ministério das Finanças romeno na internet: <http://discutii.mfinante.ro/static/10/Mfp/verificareachizitiipublice/raport2010.pdf>.

de resolução alternativa de litígios emergentes da fase pré-contratual, e as suas decisões podem ser objeto de recurso contencioso<sup>341</sup>.

#### **d) República Eslovaca**<sup>342</sup>

Na República Eslovaca, o *Úrad pre Verejné Obstarávanie* (UVO), inserido na estrutura governamental e financeiramente dependente desta, é a autoridade nacional competente para a supervisão dos contratos públicos<sup>343</sup>. As suas funções reconduzem-se, *grosso modo* – à semelhança do que tem sido dito relativamente às entidades congéneres existentes nos países assinalados como pertencentes a este modelo regulatório –, à supervisão *ex-ante*, na fase do procedimento adjudicatório, e *ex-post*, durante a execução dos contratos.

Quanto às decisões da entidade adjudicante referentes à fase pré-contratual, os concorrentes que se sintam lesados não podem recorrer imediatamente para os tribunais, devendo primeiro reclamar junto daquela entidade<sup>344</sup>, reclamação essa que funciona como condição legitimadora da posterior interposição de recurso, quer para o UVO, quer para os tribunais<sup>345</sup>.

#### **e) Malta**<sup>346</sup>

O *Dipartiment tal-Kuntratti* (DK)<sup>347</sup>, integrado no Ministério das Finanças, é a entidade responsável pela supervisão do mercado dos contratos públicos em Malta, constituído em 1962, segundo as bases do *Att Dwar L-Amministrazzjoni Finanzjarja U L-Verifika* (Lei de Administração financeira e auditoria)<sup>348</sup>. As atribuições prosseguidas por esta entidade são idênticas às referidas para os outros organismos desta natureza, sem prejuízo, obviamente, de algumas diferenças de menor relevo, que se devem, em grande parte, às diferenças entre os próprios ordenamentos jurídicos em que se inserem.

---

<sup>341</sup> Informação retirada do sítio oficial do NCSC na internet, disponível em <http://www.ncsc.ro/>.

<sup>342</sup> Para um enquadramento geral do sistema de contratação pública na República Eslovaca, v. PPN (2010: 179-81).

<sup>343</sup> Arts. 2.º/2 e 3.º dos Estatutos do UVO, disponíveis no sítio desta autoridade na internet – <http://www.uvo.gov.sk/>.

<sup>344</sup> V. art. 136.º/1 do *Zákon o verejnom obstarávaní* (ZVO – Lei 25/2006, relativa à contratação pública na República Eslovaca).

<sup>345</sup> Art. 138.º/1 do ZVO.

<sup>346</sup> Para um enquadramento geral do sistema de contratação pública em Malta, v. PPN (2010: 137-41).

<sup>347</sup> A designação “departamento” deixa desde logo patente que se trata não de uma entidade autónoma, mas integrada e dependente de uma outra estrutura.

<sup>348</sup> V. o sítio oficial do DK na internet: [www.contracts.gov.mt](http://www.contracts.gov.mt).

Assim, o ponto 6 da *Legislazzjoni Sussidjarja 174.02 – Regolamenti Dwar L-Akkwisti Li Jsiru Mis-Servizz Pubbliku*<sup>349</sup>, que define as competências do Diretor Geral dos Contratos (órgão responsável pela gestão do DK<sup>350</sup>), distingue entre as suas competências gerais e aquelas que devem ser prosseguidas no quadro da supervisão dos procedimentos relativos a contratos de valor superior a € 120.000. Isto porque, no sistema maltês, as entidades adjudicantes são responsáveis por gerir os procedimentos de adjudicação de contratos de valor até € 120.000 – ainda que sob as recomendações dos *Kumitat tal-Kuntratti Dipartimentali* (KKD)<sup>351</sup> –, e a partir desse limiar é o DK, enquanto autoridade da Administração central especificamente vocacionada para a supervisão das compras públicas, que efetua a gestão desses contratos<sup>352</sup>. Contudo, o DK não supervisiona todos os procedimentos de adjudicação e a execução de todos os contratos acima de € 120.000; é ainda necessário que a respetiva entidade adjudicante se insira no âmbito das suas competências de supervisão<sup>353</sup>. Tal significa, *a contrario*, que, em alguns casos, são as próprias entidades adjudicantes que administram os procedimentos que promovem, sem prejuízo, claro está, do controlo e fiscalização prosseguidos por outros órgãos, v.g., o *Ufficcju Nazzjonali tal-Verifika* (órgão congénere a um TdC).

Por último, refira-se que, além do DK e dos KKD, existe ainda o *Bord Ta' Revi|Joni Dwar Il-Kuntratti Pubblici*, um órgão de resolução alternativa de litígios no âmbito dos contratos públicos, dotado de competência sancionatória<sup>354</sup>, e cujas decisões são passíveis de recurso contencioso<sup>355</sup>. Porém, a apelação para o *Bord Ta' Revi|Joni* está sujeita a duas condições: o valor do contrato tem de ser superior a € 12.000, e a questão decidenda deve suscitar-se no âmbito dum procedimento aberto por uma das entidades adjudicantes referidas no Anexo 1 da LS 174.02<sup>356</sup>.

---

<sup>349</sup> LS 174.02 – lei maltesa da contratação pública, versão em inglês, disponível em <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=9532&l=1>.

<sup>350</sup> V. ponto 5, n.º 1 LS 174.02.

<sup>351</sup> Comissões criadas no seio de cada Ministério, com o propósito de prestar aconselhamento à adjudicação dos contratos de valor inferior a € 120.000 – cf. ponto 19, n.º 3 LS 174.02.

<sup>352</sup> Segundo informação constante do sítio oficial da UE na *internet*, disponível em [http://europa.eu/youreurope/business/profitng-from-eu-market/benefiting-from-public-contracts/malta/index\\_en.htm](http://europa.eu/youreurope/business/profitng-from-eu-market/benefiting-from-public-contracts/malta/index_en.htm).

<sup>353</sup> Essas entidades são as mencionadas no Anexo 2 da LS 174.02.

<sup>354</sup> Note-se que este órgão pode declarar a nulidade do contrato e aplicar coimas à entidade adjudicante – ponto 85 (n.º 3 em especial) LS 174.02.

<sup>355</sup> Ponto 25, n.º 5 LS 174.02.

<sup>356</sup> Ponto 21, n.º 1 LS 174.02.

#### f) Letónia<sup>357</sup>

Na Letónia, o *Iepirkumu Uzraudzības Birojs* (IUB), órgão da Administração central sob tutela do Ministério das Finanças, prossegue funções genéricas de supervisão dos contratos públicos, como a monitorização do procedimento (no sentido da deteção de irregularidades<sup>358</sup>), mas a sua função *core* é a de *review body*. Assim, o IUB é sobretudo um órgão de resolução alternativa de litígios, funcionando em comités que procedem ao exame das queixas, e cujas decisões podem ser objeto de recurso contencioso, ainda que o mesmo não tenha efeito suspensivo, mas meramente devolutivo<sup>359</sup>.

#### g) Espanha

Em Espanha existe um órgão consultivo em matéria de contratação pública, funcionalmente integrado no *Ministerio de Hacienda Y Administraciones Públicas* – a *Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado* (JCCA)<sup>360</sup>. Trata-se de um órgão não autónomo, com funções que, como a própria designação deixa antever, se reconduzem à mera consultoria no quadro da contratação pública nacional, designadamente no que diz respeito à deteção de irregularidades no cumprimento da legislação vigente nessa matéria.

A JCCA é constituída pelo *Subsecretario de Hacienda* (Presidente), pelo *Director General del Patrimonio del Estado* (Vice-presidente primeiro) e por um *Director General del Ministerio de Administraciones Públicas* (Vice-presidente segundo)<sup>361</sup>, e, ainda, por vários vogais, nomeados pelo Presidente e pelo *Ministro de Hacienda*.

De acordo com a *Ley de Contratos del Sector Publico* (LCSP), a JCCA pode promover a adoção de normas de carácter geral, bem como formular recomendações, sejam estas dirigidas diretamente aos órgãos administrativos ou resultantes da

---

<sup>357</sup> Para um enquadramento geral do sistema de contratação pública na Letónia, v. PPN (2010: 111-7).

<sup>358</sup> V. art. 80.º e 81.º da PIL (Lei letã da contratação pública) publicada no Jornal Oficial da Letónia n.º 65 (3433), de 25.4.06.

<sup>359</sup> Arts 82.º/1 e 85.º/1/2 da PIL.

<sup>360</sup> Além da *JCCA del Estado*, existem outras JCCA descentralizadas, competentes ao nível das designadas comunidades autónomas (v.g. Andaluzia, Aragão, Catalunha e Madrid).

<sup>361</sup> Disposición adicional quinta, n.º 1 do *Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, aprovado pelo Real Decreto 1098/2001, de 12/10.

apreciação de um caso concreto do qual seja possível extrair conclusões pertinentes aplicáveis a casos análogos<sup>362</sup>.

Além destas competências de caráter regulatório e conjuntural, à JCCA compete, entre outras coisas, desenvolver e manter uma plataforma eletrónica que permita publicitar os anúncios dos procedimentos de formação de contratos e respetivos resultados, bem como todo o tipo de informação relevante atinente à contratação pública<sup>363</sup> (1); proceder à classificação das empresas que podem contratar com a Administração, através das suas *Comisiones Clasificadoras*<sup>364</sup> (2); dar parecer sobre a fórmula a adotar para a revisão de preços relativamente a cada tipo contratual<sup>365</sup> (3); dar parecer sobre situações passíveis de fundamentar a aplicação da sanção de proibição de contratar<sup>366</sup> (4).

A JCCA tem tido um importante papel na interpretação das normas e, nesse sentido, o seu contributo para a compreensão do direito positivo e a sua aplicação aos casos concretos é muito valioso<sup>367</sup>. Não obstante, este órgão tem a sua competência limitada ao exercício de funções de caráter consultivo, como a sua designação desde logo indica; não possui, portanto, poderes sancionatórios ou de supervisão e fiscalização. Assim, e embora não possamos dizer que esta *Junta Consultiva* exerce funções de supervisão da contratação pública em sentido próprio, podemos com certeza afirmar que desempenha uma tarefa regulatória no mercado dos contratos públicos.

### **3.2.3 Países que não possuem uma autoridade de supervisão dos contratos públicos, mas têm um órgão especializado para resolução de litígios provenientes do procedimento adjudicatório e/ou da execução do contrato**

A **Alemanha** é mais um dos países da UE que, mesmo não possuindo uma entidade de supervisão da contratação pública propriamente dita, tem órgãos especializados para conhecer em primeira instância os conflitos emergentes dos procedimentos de formação de contratos públicos: os *Vergabekammern*, ao nível dos

---

<sup>362</sup> Art. 324.º LCSP.

<sup>363</sup> Art. 334.º LCSP.

<sup>364</sup> Art. 68.º/1 LCSP.

<sup>365</sup> Art. 90.º/1 LCSP.

<sup>366</sup> Art. 18.º/1 *Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*.

<sup>367</sup> V., a este respeito, GALLARDO (2010: 23, 158 e ss, 234 e ss, 335 e ss, 378).

Estados federais (*Länder*), e o *Bundeskartellamt* (autoridade independente para a proteção da concorrência), ao nível federal<sup>368</sup>.

Os *Vergabekammern* são autoridades administrativas independentes, cujos membros – um presidente e dois associados<sup>369</sup> – se encontram vinculados apenas à lei<sup>370</sup>. Destarte, as suas decisões não se equiparam a decisões judiciais, antes configurando atos administrativos<sup>371</sup>, dos quais cabe recurso para o *Oberlandesgericht*, enquanto órgão de apelação<sup>372</sup> – este, sim, um verdadeiro órgão jurisdicional.

Por último, refira-se que o sistema germânico apenas admite a interposição de recurso relativamente a factos ocorridos no âmbito de procedimentos que visem a adjudicação de contratos de valor igual ou superior aos limiares comunitários<sup>373</sup>, contrariamente ao que sucede noutros ordenamentos jurídicos, v.g., austríaco, dinamarquês, lituano e polaco.

Na **Áustria** o sistema de recurso está igualmente organizado em dois níveis: federal e local (abrangendo as autoridades adjudicantes dos estados federais e dos municípios), relativamente aos quais é competente o *Bundesvergabeamt* (BVA)<sup>374</sup>, e os *Unabhängige Verwaltungssenate*, respetivamente. O BVA está organizado em senados, cada um constituído por um presidente e dois assessores<sup>375</sup>.

A **Noruega** – país que apesar de não pertencer à UE mantém com esta uma grande afinidade, devido ao facto de ser membro do EEE e da AELC, tendo, aliás, implementado o regime das Diretivas de 2004 –, possui uma entidade independente, instituída pelo Real Decreto 1288, de 15.11.2002, especificamente vocacionada para a verificação do cumprimento da legislação sobre contratos públicos pelas entidades adjudicantes – a *Klagenemnda for offentlige anskaffelser* (KOFA).

Os membros desta entidade, completamente autónoma e independente do Estado, ainda que nomeados pelo Rei, não são funcionários públicos, mas advogados, que devem agir livres de qualquer influência<sup>376</sup>; por outro lado, o secretariado do KOFA

---

<sup>368</sup> §§ 102, 104, 1, 106 e 107 do GWB, e PPN (2010: 84-5).

<sup>369</sup> Exigindo a lei que um deles – normalmente o presidente – seja juiz, e que os restantes tenham avisada experiência em matéria de contratação pública (§ 105, 2 do GWB).

<sup>370</sup> § 105, 4 do GWB.

<sup>371</sup> § 114, 3 do GWB.

<sup>372</sup> § 57, 2 e § 83 e ss do GWB.

<sup>373</sup> § 100, 1 do GWB.

<sup>374</sup> Um órgão integrado na estrutura federal, concretamente no Ministério da Economia, Família e Juventude (§ 291, 1 do BVergG) criado em 1993.

<sup>375</sup> § 303 do BVergG.

<sup>376</sup> § 5 do Decreto Real 1288.

é nomeado pela autoridade nacional da concorrência (*Konkurransetilsy*)<sup>377</sup>. Contudo, diferentemente da KIK, o KOFA é um órgão com competência meramente consultiva em matéria de litígios emergentes da fase pré-contratual – pela aplicação alegadamente incorreta da legislação sobre contratos públicos –, possuindo, todavia, poderes sancionatórios limitados aos casos de ajustes diretos ilegais<sup>378</sup>. Não se trata, assim, de um verdadeiro supervisor, na medida em que funciona sobretudo como órgão de apelação antes do recurso à via judicial<sup>379</sup>.

Também a **Dinamarca**, país membro da UE, embora não possua uma autoridade supervisora dos contratos públicos *proprio sensu*, tem, desde 1991, o *Klagenævnet for Udbud*<sup>380</sup>, um órgão independente, criado aquando da transposição das “Diretivas recursos”<sup>381</sup>, que, como a designação denuncia, tem a função de apreciar as queixas relacionadas com litígios provenientes de procedimentos adjudicatórios ou da fase de execução dos contratos. Esta autoridade dinamarquesa tem, contudo, uma particularidade em relação aos órgãos congéneres existentes em outros países: ao contrário destes, os seus poderes de cognição não se limitam a denúncias cujos factos se reportam à fase pré-contratual, tendo igualmente competência para se pronunciar, em primeira instância, sobre factos que ocorram na fase de execução do contrato<sup>382</sup>.

### 3.3 Modelo proposto

Depois desta breve exposição dos modelos regulatórios existentes em alguns países, e partindo das ideias-fundamento, avançadas no final da Parte II, acerca da necessidade de uma reforma do modelo de regulação do mercado da contratação pública em Portugal, cumpre agora traçar as linhas gerais de concretização desse modelo, que, em nossa opinião, implica a criação de uma ARI para a contratação pública.

---

<sup>377</sup> § 3 e 4 do Decreto Real 1288.

<sup>378</sup> Informação constante do Relatório Anual (2010) da *Konkurransetilsy*, disponível em <http://www.konkurransetilsynet.no/>.

<sup>379</sup> Os custos do recurso são suportados pelas partes: 1000 coroas norueguesas nos casos de ajuste direto alegadamente ilegal e 8000 coroas norueguesas nos restantes (§13, Decreto Real 1288).

<sup>380</sup> Instituído em 1991, mas atualmente regulado pelo Act 415/2000, de 31/5.

<sup>381</sup> Diretivas 89/665/CEE, do Conselho, de 21/12, e 92/13/CEE, do Conselho, de 25/2, substituídas pela Diretiva 2007/66/CE, do PE e do Conselho, de 11/12.

<sup>382</sup> OCDE (2007: 18).

Para lograr os objetivos que a criação de uma tal autoridade pressupõe – em suma, a eficaz regulação do mercado da contratação pública –, a mesma terá de prosseguir funções de *supervisão* e de *regulação*, com incidência sobre o mercado da contratação pública.

Outro requisito incontornável numa autoridade com estas atribuições é a sua *independência funcional e orgânica*, i.e., não sujeição à superintendência ou à tutela de outras entidades administrativas (v.g. Ministérios) e direito à inamovibilidade por parte dos seus membros<sup>383</sup>.

Efetivamente, só a independência funcional face ao poder político garante uma atuação desinteressada, isenta, imparcial, e que cultive uma imagem pública sustentável e credível do ponto de vista da competência técnica. A independência é, pois, um valor imprescindível quando se pretende criar uma autoridade de controlo e supervisão de uma atividade que une o Estado ao mercado<sup>384</sup>. Uma forma de assegurar a independência das entidades administrativas reside, por um lado, na nomeação dos seus dirigentes, que não deve coincidir com os ciclos eleitorais, e na limitação da duração dos respetivos mandatos, e, por outro, na sujeição de tais entidades ao escrutínio público, inclusive judicial e parlamentar (A. MATEUS, 2007: 13).

A natureza independente desta autoridade diferenciá-la-ia das designadas autoridades administrativas independentes em sentido estrito (v.g. CNE), que estão ligadas ao Parlamento apesar de os seus dirigentes gozarem de independência orgânica e funcional. Com efeito, existem entidades reguladoras e de supervisão que não possuem a mencionada independência funcional (v.g. ERSAR, instituto público integrado na Administração indireta do Estado, sob tutela do MAMAO<sup>385</sup>).

Por fim, diremos que a função de supervisão de uma ARI dos contratos públicos se há de materializar no exercício de um núcleo essencial de poderes – *poder de*

---

<sup>383</sup> Estabelecendo uma correlação incontornável entre a elevada *expertise* e a independência política, D'ALBERTI (2010: 2).

<sup>384</sup> PROSSER (2010:224) escreveu o seguinte sobre a independência dos reguladores: “In fact, independence means two things. The first is that there is a clear and transparent division between the different bodies involved in the overall regulatory process, especially between regulator and government. The second is that the regulator is not subject to governmental pressure in areas which clearly do fall within its own powers”.

<sup>385</sup> Art. 1.º DL 277/2009, de 2/10, que aprova a lei orgânica da ERSAR.

*regulamentação, de supervisão, de inspeção, de fiscalização e de sanção* –, pois só assim se pode garantir a efetividade e a eficácia da mesma.

Com efeito, há quase duas dezenas de anos, a CE (1996: 17) manifestou a sua posição relativamente à exigência de independência e da efetividade dos poderes sancionatórios e de supervisão de entidades que se pretendam reguladoras dos contratos públicos: “[i]n order to be effective (and recognised as such) an authority such as this would need to be *genuinely independent and have the power to require contracting entities to correct procedural errors* (it. nosso).” Este poder sancionatório, que, a nosso ver, deveria ser atribuído a uma ARI deste tipo, seria obviamente instrumental do poder (mais amplo) de supervisão, tendo como objetivo a efetivação deste último.

Também a recentemente aprovada LQ das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo<sup>386</sup>, não obstante ser completamente omissa no que diz respeito a uma eventual regulação do mercado da contratação pública, merece aqui uma referência, ou não fosse a “*independência*” daquelas entidades uma das suas palavras de ordem<sup>387</sup>. Com efeito, na exposição de motivos da respetiva Proposta de Lei<sup>388</sup>, é referido como objetivo o “reforço da indispensável autonomia face ao Governo pela criação de condições para uma efetiva independência no exercício das suas atribuições”.

Com efeito, de acordo com o art. 3.º/2 da LQ em análise, tal independência consubstancia-se nas seguintes vertentes: autonomia administrativa e financeira (1), autonomia de gestão (2), independência orgânica, funcional e técnica (3), órgãos, serviços, pessoal e património próprio (4), e titularidade de poderes de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e sanção (5).

Além destes requisitos de independência, a Lei exige, para a criação duma ARI, que se verifiquem outros, com aquele correlacionados:

- i) “Necessidade efetiva e interesse público na criação de uma nova pessoa coletiva para prossecução dos objetivos visados”,
- ii) “Necessidade de independência para a prossecução das atribuições em causa”, e

---

<sup>386</sup> Lei 67/2013, de 28/8.

<sup>387</sup> Exigência constante do *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica celebrado entre Portugal e a Troika*.

<sup>388</sup> Proposta de Lei 132/XII.

iii) “Capacidade de assegurar condições financeiras de autossuficiência”<sup>389</sup>.

Quanto ao primeiro requisito, esperamos ter demonstrado ao longo da presente dissertação, pelas razões sintetizadas no ponto 2.7, que, efetivamente, a necessidade de criação de uma ARI para a contratação pública existe e alicerça-se em dados reais.

No que concerne à necessidade de independência de uma tal AR, entendemos, como referimos *supra*, ser absolutamente essencial que a mesma possua independência funcional e orgânica, de modo a garantir a efetividade das suas atribuições, que não de consistir, necessariamente, na fiscalização da atividade contratual pública.

Não obstante a LQ ser clara quanto à característica da independência, o art. 9.º consagra a adstrição de cada ARI a um ministério, ressalvando expressamente que tal ocorre “sem prejuízo da sua independência”. Não se confunde, pois, este tipo de adstrição ministerial com a que existe nos modelos descritos no ponto 3.2.2 desta dissertação, a propósito dos países que possuem organismos com competências em matéria de contratos públicos funcionalmente dependentes do Estado, nos quais está em causa o exercício de poderes de tutela ou superintendência.

Com efeito, não só isso resulta da ressalva introduzida no art. 9.º/1, *ab initio*, como, para que dúvidas não restassem, o legislador entendeu dizê-lo expressamente, no art. 45.º/1: “As entidades reguladoras são independentes no exercício das suas funções e não se encontram sujeitas a superintendência ou tutela governamental, sem prejuízo do disposto nos números seguintes”. Da leitura dos “números seguintes” resulta que tal adstrição se traduz, *grosso modo*, em atos relacionados com os orçamentos e os respetivos planos plurianuais, o balanço e as contas das entidades reguladoras, designadamente, na faculdade de solicitação de informações e na aprovação prévia sobre os/dos mesmos.

Atentando na diversidade de tipos de ARI que hoje integram o *Regulatory State*<sup>390</sup>, verificamos que todas têm, na sua génese, um traço comum: auxiliar o poder público na prossecução das suas novas tarefas de *Garantidor* e *Regulador*, por oposição ao velho Estado Social e Prestador. É assim relativamente aos reguladores setoriais, que supervisionam segmentos de mercado cujos atores (privados) prosseguem funções outrora de incumbência estatal – pois, como é consabido, a emergência do Estado

---

<sup>389</sup> Art. 6.º/3 da Lei 67/2013.

<sup>390</sup> Expressão usada pela primeira vez por MAJONE (1994).

Regulador surgiu na sequência do movimento de privatizações e liberalizações que dominou a Europa no final do século XIX<sup>391</sup> –, garantindo, assim, a hetero-regulação pública.

Naturalmente, uma ARI da contratação pública não se alicerça em fundamentos desta natureza, desde logo porque o *Contracting State*<sup>392</sup> é gerido pela própria Administração Pública, no exato sentido em que é esta que decide *o que, como e com quem* contratar.

GIAMPAOLINO (2010: 617) coloca a questão da seguinte forma: em relação às autoridades reguladoras tradicionais, *i.e.*, setoriais, o problema da função regulatória põe-se da perspectiva do seu conteúdo e dos seus limites, diversamente, uma autoridade de supervisão da contratação pública levanta um problema a montante daqueles outros, e que se queda em saber, de um lado, onde radica a legitimidade da função regulatória por si prosseguida, e, de outro, qual a natureza de uma tal “autoridade administrativa independente”.

Com efeito, a defesa da criação deste tipo de ARI não é compatível com o argumento comumente aceite para legitimar a regulação independente – que assenta na ideia de que os privados, ao prosseguirem tarefas que são ou foram do Estado<sup>393</sup>, e uma vez que se regem pelas leis do mercado, atuando por objetivos de maximização do lucro, devem estar sujeitos à supervisão e controlo externos, levados a cabo por entidades não necessariamente ligadas ao Governo ou ao Parlamento. E não vale porque, embora o contrato seja “um instrumento fundamental ao serviço das medidas de privatização no domínio da execução de tarefas públicas”<sup>394</sup> (v.g. contratos de concessão de obras/serviços públicos), o direito da contratação pública não começa apenas com o contrato, existe já antes dele; aliás, este só é válido se for precedido de um procedimento de direito público na observância dos trâmites legalmente exigidos.

---

<sup>391</sup> Sobre esta evolução, v. P. GONÇALVES (2005: 139 e ss), (2013: 49 e ss) e J. CALVÃO DA SILVA (2008: 86 e ss.).

<sup>392</sup> Sobre este conceito, v. FREEMAN (2001).

<sup>393</sup> Há que distinguir os casos de privatização propriamente dita ou “autêntica privatização” (RONELLENFITSCH *apud* P. GONÇALVES [2005: 152]) –, em que o objeto da privatização são as tarefas ou funções públicas, dos de privatização da execução de tarefas públicas, *i.e.*, em que não ocorre o fenómeno da *despublicatio* – v., por todos, P. GONÇALVES (2005: 321 e ss).

<sup>394</sup> P. GONÇALVES (2005: 330).

Assim, há que fazer a distinção entre as ARI criadas com o propósito de supervisionar a atuação dos atores privados na execução de tarefas públicas legitimada por contrato, e aquela outra, ora projetada, que teria como função supervisionar, fiscalizar e sancionar – numa palavra: regular – não apenas a prossecução material das tarefas cometidas, mas também o procedimento (adjudicatório) que a antecede.

Obviamente que esta entidade, a existir, nunca assumirá a configuração exata duma ARI, tal qual como esta é entendida tradicionalmente: enquanto regulação de mercados (setores) abertos à concorrência, com exclusão da AC, reguladora horizontal dos mesmos<sup>395</sup>. Com efeito, o mercado da contratação pública, tal como o definimos *supra*, não só é transversal a todas as áreas da economia, como é transversal ao próprio procedimento adjudicatório, compreendendo a fase de acesso (note-se, porém, que não se trata aqui do acesso à atividade que será executada por via do contrato, que, sendo regulada, terá as suas regras próprias determinadas pelo respetivo regulador, mas do acesso ao procedimento adjudicatório) e a escolha do cocontratante.

Tomando como assentes estas ideias, a criação duma ARI para a contratação pública implicaria que a AC deixasse de ser a única ARI não setorial, e, outrossim, que fossem redefinidas as competências de outras entidades, setoriais (v.g. InCI) ou não (v.g. ASAE).

Assim, antes de se procurar gizar os poderes de uma autoridade reguladora da contratação pública, há que estabelecer como inviolável a premissa de que uma tal autoridade, a ser efetivamente criada, não poderá absorver ou anular os poderes regulatórios de cada regulador setorial. Referimo-nos, naturalmente, a um núcleo muito específico dos poderes de supervisão destes últimos: concessão de autorização, aprovação e registo das entidades supervisionadas. Trata-se de poderes cuja atribuição radica exclusivamente na elevada competência técnica apresentada por aquelas autoridades (na sua *expertise*). Não se compreenderia, aliás, se assim não fosse, pois se o Estado decide privatizar ou liberalizar certos setores do mercado, criando, do mesmo passo, autoridades administrativas independentes com atribuições específicas (regulatórias) para a supervisão dos mesmos, faz sentido que as dote de poderes adequados à prossecução de tais atribuições, entre os quais se contam, necessariamente,

---

<sup>395</sup> Quanto à questão de saber se a AC se trata de uma verdadeira ARI, v., em sentido afirmativo, VITAL MOREIRA/F. MAÇÃS (2003: 200 e ss), e, em sentido contrário, J. CALVÃO DA SILVA (2008: 190) e BARBOSA DE MELO (2004/2005: 19), *apud* J. CALVÃO DA SILVA (2008: 190).

os poderes de regulação da entrada nos respetivos setores de mercado. Com efeito, a compreensão hodierna do mercado (na sua aceção mais lata), apesar de o configurar livre, não corresponde já ao modelo de ADAM SMITH, segundo o qual, a “mão invisível” das próprias forças de mercado procedia a uma espontânea e natural ordenação. O mercado da “Nova Era” tem regras, simplesmente estas não são impostas – pelo menos não diretamente – pelo poder público. Tais regras impõem-se logo à entrada no mercado, materializando-se na exigência, perante os operadores económicos, da verificação de certos requisitos, sem os quais aqueles não podem ser aceites como fornecedores de bens ou serviços naquele setor<sup>396/397</sup>. Ora, se chamarmos à colação o simbolismo da expressão imagética da atividade contratual pública – “o Estado vai às compras” –, havemos de concluir que a compreensão da contratação pública como um mercado, estruturado em camadas, reclama necessariamente uma regulação à entrada. É aqui que entra o conceito de “*competition for the market*”. E é, a nosso ver, a gestão desta concorrência *para* o mercado – e, numa fase ulterior, da “*competition in the market*” – que reclama uma regulação própria e específica, que garanta a uniformização na aplicação da legislação, contribuindo para o aumento da segurança e da confiança jurídica, e da própria credibilidade da Administração pública, reforçando, assim, por parte dos cidadãos, a confiança no mandato democrático em que investiram os poderes públicos.

---

<sup>396</sup> Atente-se, *v.g.*, no art. 3.º/2-*b*), *c*) e *d*) do DL 158/2012 (orgânica do InCI), que estabelece como atribuições do InCI: “*b*) **Qualificar as empresas** do setor da construção e do imobiliário para as quais o acesso e exercício da sua atividade seja regulado; *c*) **Atribuir os títulos habilitantes** para o exercício das diversas atividades do setor da construção e do imobiliário, cujo licenciamento, habilitação, qualificação, registo ou inscrição legalmente lhe incumba, bem como verificar as respetivas condições de permanência e avaliar o respetivo desempenho; *d*) **Reconhecer as habilitações das empresas legalmente estabelecidas noutros Estados** membros do espaço económico europeu, para o exercício da atividade em território português (it. e sublinhado nossos)”. Porém, há certos reguladores setoriais que não têm esta competência de licenciamento ou de concessão de autorização – por outras palavras: poder de abertura da “porta do mercado” –, é o caso da ERSE, porquanto a competência para proceder ao licenciamento de infraestruturas e instalações elétricas, de gás natural e petrolíferas é da DGEG, entidade sob tutela do Ministério da Economia (art. 2.º-*e*) a *h*) DL 151/2012, de 12/7).

Na vigência dos seus antigos Estatutos (referimo-nos à primeira redação do DL 97/2002, de 12/4) era à ERSE que competia autorizar a adesão ao SENV aos clientes do SEP que tivessem apresentado tal pedido (art. 10.º- *e*) do DL 97/2002). Atualmente, a ERSE já não detém aquele poder autorizativo, mantendo, no entanto, competência consultiva, emitindo pareceres (por regra, não vinculativos) mediante solicitação do Governo, no âmbito de iniciativas legislativas sobre as matérias da eletricidade e do gás natural (arts. 16.º e 17.º dos Estatutos daquela entidade, na redação que lhes foi dada pelo DL 212/2012, de 25/9).

<sup>397</sup> A este propósito, GIGLIONI (2008: 206 e ss) entende que a ausência absoluta de condicionamentos públicos ao acesso ao mercado é uma das opções políticas possíveis aquando da decisão de liberalizar um dado mercado. Trata-se, segundo o autor, de uma opção político-legislativa que deverá ser precedida de um juízo valorativo sobre o risco que o exercício não autorizado da concreta atividade desenvolvida num determinado setor de mercado representa para o interesse público.

Assim, na medida em que os contratos públicos adquirem cada vez mais relevo no quadro de uma economia globalizada, funcionando, como já foi dito por alguns autores, como *instrumento de regulação*<sup>398</sup> e de *política económica*<sup>399</sup>, atuando como força motriz dos atores privados, e, paradoxalmente, convocando a intervenção, eventual ou não, de outros órgãos ou entidades públicas, além, obviamente, da entidade adjudicante (referimo-nos ao TdC, à AC e aos reguladores setoriais), havemos de convir que a criação duma ARI para a contratação pública traria certamente mais vantagens do que inconvenientes, melhorando significativamente o estado da arte neste setor – transversal – de mercado.

Ademais, como bem nota P. GONÇALVES (2013: 24), há “atores” intervenientes no procedimento contratual público relativamente aos quais o CCP é omissivo, como é o caso das entidades gestoras de plataformas eletrónicas. Este seria, não fosse o CEGER, um verdadeiro “terreno de ninguém”.

### **3.3.1 Da incidência da regulação da ARI da contratação pública**

Questão deveras pertinente é a que jaz em saber qual a *incidência, quer objetiva, quer subjetiva*, da regulação prosseguida pela entidade cuja criação aqui propomos. Importa, pois, delimitar o campo de ação dos poderes regulatórios (em sentido amplo, abrangendo os poderes regulamentares, de supervisão, de fiscalização, inspetivos e sancionatórios) da projetada ARI.

#### **a) Incidência objetiva**

A incidência objetiva encontra-se delimitada na sua génese, uma vez que o que se pretende é uma supervisão dos contratos públicos. Subsistem, contudo, algumas arestas por limar. Pois bem, apesar de a contratação pública ser indubitavelmente o objeto da atividade regulatória em causa, há que estabelecer se esta deve abranger apenas a fase pré-contratual, *i.e.*, de formação do contrato, ou também a fase de execução.

---

<sup>398</sup> FREEMAN (2000: 156).

<sup>399</sup> Para uma análise da contratação pública enquanto instrumento de política económica, *v.*, *v.g.*, TREPTE (2004), MCCRUDDEN (2004; 2007), ARROWSMITH/KUNZLIK (2009), N. RODRIGUES (2012).

Tendemos a considerar que o modelo mais acertado e que permite satisfazer cabal e eficazmente os propósitos que presidem à criação de uma tal autoridade, é aquele em que a mesma é concebida como autêntica reguladora de um determinado mercado, cuja génese tem início, como vimos, com a publicitação da demanda pública, e no seio do qual será formado um certo contrato, que terá, como todos, o seu próprio *life-cycle*, preenchido por vicissitudes que culminarão com o seu fim.

Ora, se o mercado da contratação pública, que se começa a desenvolver a partir do momento em que o procedimento é anunciado, origina a constituição de um vínculo entre entidade adjudicante e cocontrante, parece-nos defensável, e até lógico, que a regulação desse mercado acompanhe os estádios evolutivos do mesmo, é dizer, a passagem de procedimento a contrato. Deste modo, teríamos uma ARI que supervisionaria não só o procedimento adjudicatório, como a própria execução dos contratos, tornando-se, assim, a entidade melhor posicionada para se pronunciar sobre eventuais litígios emergentes da relação contratual.

#### **b) Incidência subjetiva**

Indagar sobre qual deve ser a incidência subjetiva dos poderes regulatórios de uma ARI da contratação pública levanta algumas questões delicadas, nomeadamente de eventual conflitualidade com outras entidades que também exerçam supervisão no campo dos contratos públicos.

A delimitação da incidência subjetiva dos poderes regulatórios de uma autoridade deste tipo passa por definir quais os atores de mercado que esta deve supervisionar: se as entidades adjudicantes, se os operadores económicos, ou ambos.

Ora, se a supervisão incidir sobre as primeiras, consubstanciar-se-á, necessariamente, num controlo da sustentabilidade das compras públicas, caso em que enfrentaremos, como é bom de ver, um problema de conflito de competências, ao qual já se aludiu no penúltimo parágrafo. Com efeito, como se explicou *supra*, o órgão responsável pela fiscalização da legalidade financeira dos contratos públicos é o TdC, funcionando, assim, como um verdadeiro “auditor” dos mesmos. Neste sentido, afigura-se-nos conflituante um cenário em que coexistam dois supervisores investidos na mesma atribuição: fiscalizar a legalidade da “public expenditure”.

Deste modo, parece-nos que a incidência dos poderes regulatórios desta autoridade não deverá abranger a dimensão financeira da contratação pública, sob pena

de ocorrer uma sobreposição ou mesmo conflito de competências com o TdC. Porém, atendendo a que a *atividade supervisionada* é a contratação pública, propendemos para considerar que uma supervisão unicamente direcionada para os operadores económicos poderia comprometer os propósitos que entendemos serem defensáveis para a criação desta autoridade – a preservação da integridade na contratação pública, o combate à corrupção, ao nepotismo e a garantia da *eficiência na aquisição*.

Pelo que vimos de dizer, é nosso entendimento que uma ARI para a contratação pública deve supervisionar os operadores económicos que atuam no mercado das compras públicas, mas também, e necessariamente, as entidades adjudicantes. Simplesmente, na construção do núcleo de poderes legitimadores da atuação desta ARI haverá que ter em conta a posição do TdC no quadro da atividade contratual pública nacional. Ou seja, esta autoridade não deverá ter como atribuição a fiscalização da legalidade financeira dos contratos; mas não só pode, como deve, ter poderes inspetivos sobre as entidades adjudicantes, enquanto entidade supervisora do procedimento adjudicatório. Ora, no exercício desse poder inspetivo, e caso a entidade adjudicante ou os operadores económicos (sobre quem, obviamente, também recaem tais poderes – circunscritos, claro está, à atividade daqueles no procedimento adjudicatório em questão) não cooperem, fornecendo os elementos ou esclarecimentos solicitados, deve esta autoridade poder aplicar-lhes sanções<sup>400</sup>.

Por outro lado, e atentando na importância que tem o valor da integridade quando o que está em causa é a atuação da Administração pública, julgamos necessário que se acautelem devidamente os princípios da concorrência, da imparcialidade e da igualdade, o que implica, além dos já aludidos poderes inspetivos, o exercício de poderes de supervisão e regulação em sentido estrito. Para a efetivação de tais poderes, a autoridade deverá ser investida em determinadas competências que a legitimem, *v.g.*, a supervisionar os procedimentos adjudicatórios e a execução dos subsequentes contratos, zelando pela observância das normas que regulam a contratação pública; a emitir recomendações e determinações com carácter vinculativo a fim de serem sanadas as irregularidades detetadas; e a sancionar as infrações cometidas, quer por parte dos operadores económicos, quer por parte das entidades adjudicantes.

---

<sup>400</sup> Como acontece, *v.g.*, com a AVCP (art. 6.º/ 9-a)/11 do CCPi).

Em conclusão, e respondendo à questão que enunciámos quando expusemos o problema da incidência subjetiva da regulação, diremos que a ARI cuja criação defendemos deve fiscalizar a atividade contratual pública de forma transversal, com exceção da sua dimensão financeira – atribuída ao TdC –, o que implica, para uma cabal prossecução dessa função, a supervisão de ambos os lados em que o mercado da contratação pública se desdobra, é dizer, procura e oferta.

## CONCLUSÕES FINAIS

### I

Partimos de uma conceção tripartida para gizar o modelo regulatório do *mercado da contratação pública*.

O primeiro conceito (nível) de mercado identificado foi o de *mercado em sentido amplo*: uma conceção que pretende, tão-só, marcar a cisão entre o que é Estado e o que é mercado (binómio Estado/Sociedade<sup>401</sup>), materializada na ideia simbólica do “Estado (que) vai às compras”.

Em segundo lugar, apresentámos o mercado da contratação pública *lato sensu* como sendo o mercado relevante (noutra aceção que não a do direito da concorrência) para o concreto procedimento em questão, ou seja, constituído pelos operadores que, em abstrato, poderão satisfazer a demanda pública (*universo concorrencial potencial ou hipotético*). A morfologia de tal mercado dependerá, pois, do tipo/natureza de bens procurados.

Por último, o mercado da contratação pública *stricto sensu*: gerado por cada procedimento adjudicatório e, conseqüentemente, formado pelos operadores económicos admitidos a participar no mesmo (*universo concorrencial efetivo ou real, i.e.*, universo de potenciais adjudicatários, produto da aplicação dos “filtros regulatórios”, e do qual fazem parte os concorrentes que irão disputar a adjudicação), que serão, nos procedimentos com fase de qualificação, os candidatos qualificados, e, nos procedimentos sem essa fase, os operadores económicos que, por possuírem os requisitos gerais de acesso ao mercado, puderam apresentar propostas.

### II

Quanto à estrutura organizativo-funcional deste modelo, a mesma pode resumir-se nas linhas que se seguem.

Num *primeiro nível regulatório*, que designámos de *normativo-regulamentar*, encontramos o *legislador* e a *entidade adjudicante*. O primeiro regula “à distância”,

---

<sup>401</sup> Para uma explicação pormenorizada da evolução da relação entre Estado e Sociedade, v. R. SOARES (1969: 39 e ss).

através da normalização de condutas gerais e abstratas, que se pretendem aplicáveis indistintamente a qualquer procedimento pré-contratual de direito público, em nome dos princípios regentes da contratação pública e na observância do direito comunitário. A segunda, com uma função regulatória de natureza similar (aquela normativa, estoutra regulamentar) realiza uma regulação *de proximidade*, materializada na prescrição das normas do procedimento, mormente as do caderno de encargos, coluna vertebral daquele. Assim, se a entidade adjudicante fixa certos limites (parâmetros base) quanto aos aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência, ou se, nos procedimentos com fase de qualificação, estabelece os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, está a regular a entrada no mercado da contratação pública.

Com efeito, o procedimento pré-contratual, desde que é lançado até que se conheça o respetivo universo concorrencial (o que sucede com a apresentação das propostas ou com a qualificação dos candidatos), é dizer, até que esteja formado o mercado da contratação pública *stricto sensu*, passa por um ou por dois estádios – consoante se trate, respetivamente, de um procedimento sem ou com fase de qualificação<sup>402</sup> – que funcionam, na prática, como filtros regulatórios.

Após a entrada no mercado da contratação pública em sentido estrito, deparamo-nos com a atuação de um *segundo nível regulatório*: a *exclusão de propostas*. Aqui chegados, os operadores económicos representam o mercado da contratação pública propriamente dito ainda em bruto: constituído pela amostra concorrencial sobre a qual incidirá a escolha pública, mas ainda não decantado, *i.e.*, sem que tenham sido selecionadas as propostas aptas para passar à fase de avaliação. Trata-se de um nível autónomo de regulação, e, simultaneamente, de uma das fases do procedimento onde se manifesta a operacionalidade do nível normativo-regulamentar, na medida em que o saneamento das propostas obedece sobretudo a critérios e requisitos relacionados com elementos identificados nas peças do procedimento (filtro regulamentar), mas também a critérios legais, constituindo fundamento da exclusão de propostas a circunstância de o contrato a celebrar implicar a violação de normais legais (filtro normativo).

---

<sup>402</sup> Recorde-se: nos procedimentos sem fase de qualificação, a entrada no mercado dá-se pela observância dos requisitos gerais de acesso, e nos procedimentos com qualificação, é necessário que, além desses, os operadores económicos possuam outros, que designámos de específicos.

O *terceiro nível regulatório* – assim designado somente por uma questão metodológica do nosso estudo, uma vez que, como vimos, não lhe assiste qualquer ordem cronológica, tendo uma intervenção transversal no procedimento – tem a sua ação condicionada à superveniência de circunstâncias exógenas ao procedimento, mas que com ele contendem: a adoção de certas condutas pelos operadores económicos, legalmente tipificadas como *contraordenações*. É, portanto, um nível de operacionalidade eventual. Nesta sede intervêm diretamente o *InCI* e a *ASAE*, consoante a natureza do contrato em causa, cabendo-lhes a instauração do processo contraordenacional e a aplicação da respetiva sanção.

Tal distribuição de competências sancionatórias é, em nossa opinião, reveladora de uma certa “confusão regulatória”, que, por sua vez, decorre de um outro problema: o vazio regulatório do mercado dos contratos públicos em matéria contraordenacional. Com efeito, o legislador do CCP só atribuiu essa competência ao *InCI* e à *ASAE* por não existir nenhuma entidade com atribuições específicas no âmbito da regulação dos contratos públicos e dos seus procedimentos de formação.

O *quarto nível* de regulação consiste num patamar de *defesa da concorrência*, cuja operacionalidade está condicionada à adoção de determinadas condutas que briguem com o ideal de uma concorrência sã e efetiva, *i.e.*, livre de distorções. Este nível encontra-se em íntima conexão com o segundo, uma vez que só é acionado por via da exclusão de propostas que violem a concorrência, seja por apresentarem um preço anormalmente baixo, seja por terem subjacentes atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear a concorrência. Na primeira situação deverá ser dado conhecimento à CE, e, em qualquer dos casos, por se tratar de violações do direito da concorrência, à AC. Quando o infrator opere num mercado regulado, entendemos que deverá ser também dado conhecimento ao respetivo supervisor, apesar de o CCP mandar comunicar a factualidade apenas ao *InCI*, caso se trate de um procedimento de adjudicação de empreitada/concessão de obras públicas.

Tal diferença de tratamento entre entidades reguladoras setoriais representa, quanto a nós, uma violação do princípio da igualdade e deve, por isso, ser suprida o quanto antes.

Convém também esclarecer que este nível representa uma regulação do mercado da contratação pública por via indireta, porquanto, uma vez excluídas certas propostas pela entidade adjudicante, o procedimento tem-se por terminado quanto aos operadores económicos em questão, pelo que toda a regulação exercida depois desse marco incidirá sobre um objeto que se situa fora do procedimento e, portanto, fora do mercado da contratação pública. Assim, apesar de o fundamento legitimador deste nível de intervenção ser uma infração praticada no decorrer de um procedimento adjudicatório, o seu plano de ação incidirá não sobre as propostas excluídas, mas sobre os operadores económicos que as apresentaram; esses, sim, responsáveis pelas condutas infratoras. Destarte, cremos ser defensável a ideia de que a proteção da concorrência adquire no direito da contratação pública dimensão e importância suficientes para sustentar a autonomia deste quarto nível, que assume um fito verdadeiramente regulatório.

Ademais, fazendo fé no caráter “ressocializador” das sanções de direito da concorrência, o mercado da contratação pública poderá voltar a receber os mesmos operadores económicos, de futuro já expurgados de intenções prejudiciais à boa saúde dos procedimentos.

No *quinto* e último nível encontra-se o *TdC*, que efetua o controlo da regularidade dos contratos do ponto de vista financeiro. Embora, evidentemente, não se pretenda uma usurpação da sua função de auditor, a verdade é que este tribunal, provavelmente devido à ausência de um outro órgão de supervisão com competência para apreciar a regularidade financeira da atividade contratual pública, acaba por fazer uma leitura demasiado generosa dos poderes que a lei lhe atribui, extravasando o âmbito das suas competências, e entrando numa zona de fronteira com a que se confina ao mérito da decisão administrativa.

### III

Além destes motivos, outros há que fundamentam a necessidade de uma reforma no modelo de regulação do mercado dos contratos públicos português. São eles de ordem social e de *public governance*, e assentam, essencialmente, no aumento da transparência, da integridade e da *accountability* na adjudicação de contratos públicos.

Em Portugal, a supervisão dos contratos públicos não está confinada a uma entidade em particular, propositadamente criada ou com especiais competências para o efeito. Assim, conforme resulta da análise que se fez na Parte II da presente dissertação, a regulação do mercado da contratação pública no nosso país encontra-se pulverizada por diversas instâncias, sem que nenhuma assuma, em efetivo, uma posição multifacetada e transversal de supervisão.

Da necessidade de alteração do modelo regulatório explanado, surgiu a convicção de que os objetivos de uma regulação eficiente da contratação pública só poderão ser plenamente atingidos se estiverem centralizados numa só entidade, cujas atribuições sejam unicamente na esfera de regulação do mercado dos contratos públicos.

Dissemos, ainda, que uma tal AR da contratação pública deveria ser *independente*, sob pena de frustrar o propósito da sua criação – fiscalizar e efetivar o cumprimento das normas da contratação pública, devendo, para tanto, possuir, além de poderes de supervisão e inspeção, poderes de sanção.

O debate sobre a criação de uma ARI para a contratação pública coloca desde logo o problema da sua legitimidade, quer da perspetiva da sua admissibilidade constitucional, quer da perspectiva dos seus fundamentos político-sociais, *i.e.*, das razões que justificam essa criação.

Quanto ao primeiro problema, o art. 267.º/3 da CRP consagra a possibilidade de criação de entidades administrativas independentes. Trata-se, como a classificaram VITAL MOREIRA/F. MAÇÃS (2003: 248), de uma “norma em branco”, recentemente concretizada na nova LQ das entidades reguladoras.

Já a legitimidade político-social há de encontrar-se, desde logo, naquelas objeções que ainda subsistem em relação ao *Contracting State*, e que são, no fundo, os fundamentos da necessidade da criação de uma tal entidade: ocorrência de situações fraudulentas; má gestão de recursos financeiros; supervisão insuficiente; condutas ilegais e abusivas por parte dos atores privados e incumprimento das normas de transparência e *accountability*; (FREEMAN / MINOW, 2009: 4-5).

Julgamos, no entanto, que a cabal satisfação das exigências de interesse público que motivam a criação duma AR da contratação pública não poderá ser lograda se o campo de atribuições da mesma se restringir à fase do procedimento pré-contratual.

Deste modo, cremos que, a optar-se pela criação de uma tal autoridade, dever-se-ão estender as suas atribuições, panorâmica e transversalmente, a toda a vida contratual pública, abrangendo, pois, quer a fase de formação do contrato, quer a fase da sua execução; embora reconheçamos que esta última comportará, porventura, necessidades regulatórias menos intensas, partindo, claro, do pressuposto que a fase de execução é mais estática do que a de formação, desde logo porque são menos os que nela intervêm (em princípio, a entidade adjudicante e o cocontratante, e, eventualmente, o(s) subcontratante(s)).

## BIBLIOGRAFIA

### Doutrina

ALMEIDA, JOÃO AMARAL E / SÁNCHEZ, PEDRO FERNÁNDEZ, 2011. *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, Coimbra

ALMEIDA, JOÃO AMARAL E, 2010. “As propostas de preço anormalmente baixo”, *Estudos de Contratação Pública*, III, Organização: Pedro Gonçalves, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 87-148

ANDERSON, ROBERT D. / KOVACIC, WILLIAM E., 2008. “Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets”, *Public Procurement Law Review*, N.º 18, Issue 2, pp. 67 – 101.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, 2012. *A Justiça Administrativa (Lições)*, Almedina, Coimbra

ARNÁIZ, TERESA MEDINA, *The exclusion of tenderers in public procurement as an anticorruption mean*, disponível em:

[http://www.nispa.org/files/conferences/2008/papers/200804200047500.Medina\\_exclusion.pdf](http://www.nispa.org/files/conferences/2008/papers/200804200047500.Medina_exclusion.pdf)

ARROWSMITH, SUE, 2003. *Government Procurement in the WTO*, Kluwer Law International

\_\_\_\_\_, 2005. *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd edition, Sweet & Maxwell

ARROWSMITH, SUE / LINARELLI / WALLACE, 2000. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International

ARROWSMITH, SUE / KUNZLIK, 2009. *Social and Environmental Policies in EU Procurement Law: new directives and new directions*, Cambridge University Press

ARROWSMITH, SUE / TREUMER / FEJO / JIANG, 2010. *Public Procurement Regulation: An Introduction*, Asia Link – Europe Aid co-operation Office, Professor Sue Arrowsmith, University of Nottingham, disponível em

<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>

AUDRETSCH, DAVID, 1989. *The Market and The State – Government Policy Towards Business in Europe, Japan and United States*, Harvester Wheatsheaf

AZEVEDO, BERNARDO, “Contratação in house: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado”, *Estudos de Contratação Pública*, I, Organização: Pedro Gonçalves, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 115 – 145

BATOR, FRANCIS, 1958. “The Anatomy of Market Failure”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 72, N.º 3, pp.351-379

BOVIS, CHRISTOPHER, 2004. “Public procurement and the Internal Market of the Twenty-First Century: Economic Exercise versus policy Choice”, *European Union Law for the Twenty-First Century: Rethinking the New Legal Order*, Oxford, Hart Publishing

BRAUN, 2003. “The Use of Qualitative Award Criteria and the Difference between Award and Qualification Criteria”, *Public Procurement Law Review*, 12, NA116

BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE, 2010. “Ajuste directo”, *Estudos de Contratação Pública*, II, Organização: Pedro Gonçalves, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 297 – 344

\_\_\_\_\_,1994. “Sobre a discricionariedade técnica”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXVI (IX da 2ª Série), N.ºs 1-2-3, Janeiro-Setembro, pp.33 – 100

BROWN, ADRIAN. 2010. “Changing a sub-contractor under a public services concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main”, *Public Procurement Law Review*, Issue 19, NA160

BUNDESKARTELLAMT, 2008. *Buyer power in Competition Law – Status and Perspectives 3*, Background Paper, disponível em

[http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/2008\\_ProfTagung\\_E.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/2008_ProfTagung_E.pdf)

CABRAL, MAGARIDA OLAZABAL, 2011. “O artigo 55º, alínea j), do código dos contratos públicos : mais vale ser do que parecer”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 125-171.

CALVETE, VICTOR, 2010. “O controlo jurisdicional da actividade da Autoridade da Concorrência”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Paulo Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra, pp. 1025-1068

CAMACHO, CRISTINA, 2013. “Práticas restritivas da concorrência na contratação pública”, *Contratação Pública e Concorrência*, Organização: Cláudia Trabuco e Vera Eiró, Almedina, Coimbra, pp. 213 – 234

CAMPOS, DIOGO DUARTE, 2010. *A Escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público-Privadas*, Coimbra Editora, Coimbra

\_\_\_\_\_, 2011. "A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais", *Estudos de Direito Público*, Lisboa, pp. 127 – 170.

CANOTILHO, J.J. GOMES, O Tribunal de Contas como Instância Dinamizadora do Princípio Republicano, Tribunais de Contas da CPLP, Comunicação na Conferência V Assembleia-Geral da OISC da CPLP, pp. 23-36

CARANTA, ROBERTO /TRYBUS, MARTIN, 2010. *The Law of Green and Social Procurement in Europe, The European Procurement Law Series vol. 2*, Djof Publishing

CATARINO, GUILHERME, 2010. *A regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros. Fundamentos e limites do Governo e jurisdição das autoridades independentes*, Almedina, Coimbra

CLARICH, MARCELLO / GIORDANO, CLAROLYN FRANCES, 2009. “Self-Cleaning under National Jurisdictions of EU Member States: Italy”, *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, ed. Hermann Pünder, Hans-Joachim Prieß, Sue Arrowsmith, CARL HEYMANN'S VERLAG, pp. 101 – 119

COMBA, MARIO / TREUMER, STEEN, 2010. *The in-house providing in European law*, Djoef Publishing

COOK, BETSY KINNAS / FABRIZIO, KATHRYN A. / AKINS, LMOGENE, 1986. “Independent Agencies”, *Federal Yellow Book – The Directory of the USA Federal Government Departments and Independent Agencies*, Graham & Trotman Limited, pp. 359-601

COPPIER, RAFFAELLA/PIGA, GUSTAVO, 2006. “Why do Transparent Public Procurement and Corruption Go Hand in Hand?” *Rivista di Politica Economica*, 96, pp. 185 – 206

CORREIA, CARLOS PINTO, 2009. “As relações entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores sectoriais”, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, pp 721 – 736

CORREIA, EDUARDO, 1988. *Direito Criminal*, II, Reimpressão, Almedina, Coimbra

CORREIA, SÉRVULO, 1987. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra

CREEL, CARLOS/MORALES, CESAR, 2009. “Self-Cleaning under Non-EU National Jurisdictions: Mexico”, *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, ed. Hermann Pünder, Hans-Joachim Prieß, Sue Arrowsmith, CARL HEYMANN'S VERLAG, pp. 142 – 157

D'ALBERTI, MARCO, 2010. “Il Valore dell'Indipendenza”, *Aibitri dei mercati. Le Autorità Indipendenti e l'economia*, organização D'Alberti/Pajno, Il Mulino, Bologna, pp. 11-26, disponível em [http://www.astrid-online.it/Riforma-de3/Contributi/D-Alberti\\_gruppo\\_Ai.pdf](http://www.astrid-online.it/Riforma-de3/Contributi/D-Alberti_gruppo_Ai.pdf)

FERREIRA, EDUARDO PAZ, 2000. “El Tribunal de Cuentas Portugués: Una Institución en Transición”, *Revista de Documentación Administrativa*, n.ºs 257-258, pp. 319-335

\_\_\_\_\_, 2008. *Direito da economia*, AAFDL, Lisboa

FERREIRA, LUÍS DO NASCIMENTO, 2012. “Recursos Judiciais”, *Direito Europeu e Direito da Concorrência*, Newsletter n.º 14, Julho, Edição Especial sobre a nova Lei da Concorrência, Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados – Sociedade de advogados, p. 9

FRANCO, ANTÓNIO DE SOUSA, 1993. *O presente e o futuro das instituições de controlo financeiro com natureza jurisdicional. Notas sobre a jurisdição financeira num mundo em mudança*, edição do Tribunal de Contas, Lisboa

FREEMAN, JODY, 2000. “The Contracting State”, *Florida State University Law Review*, pp. 155 – 214.

FREIRE, PAULA VAZ, 2009. “Direito Administrativo da Concorrência”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume I, Coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra

FREITAS, LOURENÇO VILHENA DE, 2012. “Contratação Pública com Países Terceiros”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 4, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 67 – 102

GALLARDO, Jose Miguel Carbonero, 2010. *La Adjudicación de los Contratos Administrativos: Origen, Evolución y Sistema Actual*, Universidade de Granada – Departamento de Derecho Administrativo, disponível em <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/4867/1/18654538.pdf>

GIAMPAOLINO, LUIGI, 010. “Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”, *Trattato di diritto amministrativo – Le autorità amministrative indipendenti*, org. de Chieppa Roberto, Cirillo Gianpiero Paolo, pp. 605-674

GIGLIONI, FABIO, 2008. *L’Acesso Al Mercato Nei Servizi di Interesse Generale – Una Prospettiva Per Riconsiderare Liberalizzazioni e Servizi Pubblici*, Giuffrè Editore, Milano

GONÇALVES, PEDRO, 2005. *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra

\_\_\_\_\_, 2009. “Acórdão *Pressetext*: modificação de contrato existente vs adjudicação de novo contrato”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, CEJUR, pp. 3 – 22

\_\_\_\_\_, 2010. “Estado de Garantia e Mercado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. II , pp. 97 – 128

\_\_\_\_\_, 2012. “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. 1, Almedina, Coimbra, pp. 479 – 516

\_\_\_\_\_, 2013. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Direito Público e Regulação, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra

GÖZEL, KADIR AKIN, 2005. “REFORMING PUBLIC PROCUREMENT SECTOR IN TURKEY – *Challenges in public procurement: an international perspective*, volume 3, Boca Raton, FL, USA, PrAcademics Press, pp. 49 – 62.

GRAELLS, SÁNCHEZ, 2009. *Distortions of Competition Generated by the Public (Power) Buyer: A Perceived Gap in EC Competition Law and Proposals to Bridge It*, University of Oxford CCLP Working Paper 23, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1458949](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1458949)

\_\_\_\_\_, 2011. *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford

\_\_\_\_\_, 2013. “Rejection of Abnormally Low and Non-Compliant Tenders in EU Public Procurement: A Comparative View on Selected Jurisdictions”, *European Procurement Law Series*, Vol 6, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2248590](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2248590)

HAVEMAN, ROBERT / KNOFF, KENYON, 1981. *The Market System – An Introduction to Microeconomics*, fourth edition, John Wiley & Sons

INDERST / VALLETTI, 2011. “Buyer Power and the ‘Waterbed Effect’”, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. LIX, pp. 1-20.

JEANRENAUD, 1984. “Public Procurement and Economic Policy”, *Annals of Public & Co-operative Economy*, Vol. 55, Issue 2, pp. 151 – 158

JUNQUEIRO, RICARDO BORDALO, 2012. *Abusos de Posição Dominante*, Almedina, Coimbra

KAARRESALO, TONI, 2008. “Procuring in-house: the impact of the EC procurement regime”, *Public Procurement Law Review*, 17, pp. 242 – 254

KEIRSE, ANNE / LOOS, MARCO, 2012. *Linked Contracts (Ius Commune Europaeum)*, Intersentia

KENNEDY-LOEST, CIARA, 2007. “Spreading contract work to ensure security of supply and maintain competition: the issues under the EC Directives”, *Public Procurement Law Review*, 2, pp. 116-124

KOTSONIS, TOTIS, 2010. “Discriminatory selection criteria and the nature of award criteria - applying the Lianakis ruling in a utilities context: Commission v Greece (C-199/07)”, *Public Procurement Law Review* 3, NA77-86

LEITÃO, ALEXANDRA, 2007. “Contratos de Prestação de Bens e Serviços celebrados entre o Estado e as Empresas Públicas e Relações “In House””, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 65, CEJUR, pp. 12 – 27.

\_\_\_\_\_, 2011. *Contratos Interadministrativos*, Almedina, Coimbra.

LODGE, MARTIN, 2004. “Accountability and transparency in regulation: critiques, doctrines and instruments”, *The Politics of Regulation – Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, ed. Jacint Jordana e David Levi-Faur, Edward Elgar Publishing Limited

LOUREIRO, JOANA DE SOUSA, 2011. “A modificação do contrato administrativo à luz do princípio da concorrência: uma análise sob a perspectiva do direito da UE”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 87, pp. 951 – 993

MAÇÃS, FERNANDA, 2006. “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, CEJUR, pp. 21-49.

MCCRUDDEN, Christopher, 2004. “Using public procurement to achieve social outcomes”, *Natural Resources Forum*, 28(4), 257-267, disponível emm [http://ccednet-rcdec.ca/sites/ccednet-rcdec.ca/files/ccednet/pdfs/2004-mccrudden-public\\_procurement.pdf](http://ccednet-rcdec.ca/sites/ccednet-rcdec.ca/files/ccednet/pdfs/2004-mccrudden-public_procurement.pdf)

\_\_\_\_\_, 2007. *Buying social justice: Equality, government procurement, and legal change*. Oxford University Press, Oxford

MAGALHÃES, LÍDIO DE, 2006. “O controlo da contratação pública pelo Tribunal de Contas”, *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 46, pp. 203-218.

MAHARSHAK, TOMER / COLLE, DAVID VAN /KLINEMINTZ, AYAL, 2009. “Self-Cleaning under Non-EU National Jurisdictions: Israel”, *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, ed. Hermann Pünder, Hans-Joachim Prieß, Sue Arrowsmith, CARL HEYMANNS VERLAG, pp. 119 – 142

MAJONE, 1994. “The Rise Of The Regulatory State In Europe”, *WEST EUROPEAN POLITICS*, 17, pp. 77-101.

MARÇALO, ANA PAULA / MEIRIM, JOSÉ MANUEL, 2007. *Incompatibilidades e Impedimentos de Titulares de Altos Cargos Públicos e de Cargos de Direcção Superior*, Coimbra Editora, Coimbra

MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO / ALMEIDA, JOÃO PAULO SIMÕES DE / FORTE, ANDRÉ MATOS, 2005. *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra

MARTINS, ANA GOUVEIA, 2008. “Concurso limitado por prévia qualificação”, *Estudos de Contratação Pública*, I, Organização: Pedro Gonçalves, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra

MATEUS, ABEL, 2007. “Economia, Direito da Concorrência e Regulação”, *Revista Sub Judice Justiça e Sociedade – Direito da Concorrência*, n.º 40, Setembro, pp. 11 – 40

MEDEIROS, RUI, 2011. “A protecção processual do adjudicatário em face de uma recusa de visto no âmbito da fiscalização prévia de contratos pelo Tribunal de Contas”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 31 – 84

MENDES, PAULO DE SOUSA, 2009. “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras da concorrência”, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Almedina, Coimbra, pp. 705-720.

MORAIS, LUÍS / RODRIGUES, NUNO CUNHA, 2013. “Contratação Pública e Práticas Anti-Concorrenciais”, *Contratação Pública e Concorrência*, Organização: Cláudia Trabuco e Vera Eiró, Almedina, Coimbra, pp. 85- 116

MOREIRA, JOÃO ILHÃO, 2010. “Cartelização em contratação pública – A exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência”, *Estudos de Contratação Pública*, II, Organização: Pedro Gonçalves, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 201 – 260

MOREIRA, VITAL/MAÇÃS, FERNANDA, 2003. *Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Direito Público e Regulação n.º 4 (Cedipre), Coimbra Editora, Coimbra

MORENO, CARLOS, 2010. *Como o Estado Gasta o Nosso Dinheiro*, Caderno

NICTOLIS, ROSANNA DE, 2007. “La Vigilanza Sui Pubblici Appalti”, *Il Nuovo Diritto Amministrativo – I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – Ambito Oggettivo e Soggettivo. Procedure di Affidamento*, Collana diretta da Francesco Caringella Giuseppe de Marzo, a cura di Rosanna de Nictolis, Giuffrè Editore, pp. 53-72

NORONHA, JOÃO ESPÍRITO SANTO, 2013. “Impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência em procedimento administrativo”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 2, n.º 1, FDUL, pp. 759-768

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE / OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, 2011. *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*,

OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, 2008. “Os princípios gerais da contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública*, I, Organização: Pedro Gonçalves, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 51 – 113

\_\_\_\_\_, 2009. “Restrições à participação em procedimentos de contratação pública”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, Cedipre

PERERA/MORTON/PERFREMMENT, 2009. *Life Cycle Costing. A Question of Value*, International Institute for Sustainable Development (White Paper)

PEREIRA, PEDRO MATIAS / FRANCO, JOÃO SOARES, 2012. “A adjudicação de Contratos Públicos em contexto de crise”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 143 – 165

PESSANHA, ALEXANDRA/D’OLIVEIRA MARTINS, GUILHERME WALDEMAR/RODRIGUES, NUNO CUNHA, 2008. “As implicações público-financeiras e concorrenciais do novo Código dos Contratos Públicos: análise preliminar”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 3, Outubro, pp. 151 – 178

PETERSEN, ZSOFIA, 2011. “Refining the rules on the distinction between selection and award criteria – Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v European Commission (T-589/08)”, *Public Procurement Law Review*, 6, NA246-249

PINA, M. TAVARES DE, 2013. “O conceito de “mercado relevante” e a sua importância na definição de entidade adjudicante”, *Contratação Pública e Concorrência*, Organização: Cláudia Trabuco e Vera Eiró, Almedina, pp. 43 – 61

PINTO, CARLOS MOTA, 2005. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra

PIRES, MIGUEL LUCAS, 2010. “Âmbito de aplicação da limitação da liberdade de escolha das entidades a convidar para participação no procedimento de ajuste directo”, *Cedipre Online* 3, disponível em [http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/online/public\\_3.pdf](http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/online/public_3.pdf)

POLICE, ARISTIDE, 2007. *Tutela della Concorrenza e Pubblici Poteri – Profili di Diritto Amministrativo nella Disciplina Antitrust*, G. Giappichelli Editore, Torino

PRIEB, HANS-JOACHIM /PÜNDER, HERMANN /STEIN, ROLAND M., 2009. “Self-Cleaning under National Jurisdictions of EU Member States: Germany”, *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, ed. Hermann Pünder, Hans-Joachim Prieß, Sue Arrowsmith, CARL HEYMANNS VERLAG, pp. 51 – 101

PROSSER, TONY, 2010. *The Regulatory Enterprise: Government, Regulation and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford

PUJOL, JOSÉ, 2013. “A quem presta contas o Tribunal de Contas?”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 6, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 41 – 74

RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, 2010. *Estudos sobre contratos públicos*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDDL), Lisboa

\_\_\_\_\_, 2013. *A Formação dos Contratos Públicos. Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDDL), Lisboa

REIDLINGER, AXEL / DENK, STEPHAN / STEINBACH, HANNA, 2009. “Self-Cleaning under National Jurisdictions of EU Member States: Austria”, *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, ed. Hermann Pünder, Hans-Joachim Prieß, Sue Arrowsmith, CARL HEYMANNS VERLAG, pp. 33 – 51

RODRIGUES, NUNO DA CUNHA, 2012. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Tese de Doutoramento sob a orientação de Eduardo Paz Ferreira, Repositório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

SAMUELSON/NORDHAUS, 2005. *Economia*, Mcgraw-Hill

SANTOS, SIMAS / SOUSA, JORGE LOPES DE, 2007. *Contra-Ordenações. Anotações ao Regime Geral*, 4ª ed., Vislis Editores

SHERMAN, ROGER, 2008. *Market Regulation*, Pearson Addison Wesley, Boston

SILVA, JOÃO NUNO CALVÃO DA, 2008. *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra

SILVA, JORGE ANDRADE DA, 2010. *Código dos Contratos Públicos Anotado*, Almedina, Coimbra

SILVA, MIGUEL MOURA E, 2010. *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, Coimbra

SILVA, SUZANA TAVARES DA, 2010. “O princípio (Fundamental) da Eficiência”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 519 – 544, disponível em

[http://sigarra.up.pt/fdup/pt/pubs\\_pesquisa.formview?p\\_id=4247](http://sigarra.up.pt/fdup/pt/pubs_pesquisa.formview?p_id=4247)

SIMONE, SILVIA / ZANETTINI, LAURA, 2007. “Appalti Pubblici e Concorrenza”, *Lo Stato Compratore – L’acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, A Cura di Luigi Fiorentino, Società Editrice Il Mulino, pp. 119-160

SOARES, ROGÉRIO EHRHARDT, 1969. *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlântida Editora, Coimbra

SOUDRY, OHAD, 2007. “A principal-agent analysis of accountability in public procurement”, *advancing public procurement: practices, innovation and knowledge-sharing*, Gustavo Piga & Khi V. Thai eds., PrAcademics Press, pp. 432-451

STIGLER, JOSEPH, 1971. “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Volume 2, Issue 1, pp. 3-21

SOUSA, ANTÓNIO FRANCISCO DE, 1987. *A Discricionariedade Administrativa. Origem e evolução histórica no «Sistema Continental Europeu». Estado actual dos reconhecimentos científicos. Considerações para o estreitamento e a clarificação do conceito de discricionariedade administrativa*, Editora Danubio, Lda., Lisboa

SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, 2004. *Direito Administrativo Geral, Introdução e Princípios Fundamentais*, Tomo I, Dom Quixote, Lisboa

\_\_\_\_\_, 2009. *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa

TANZI, VITO, 1998. “Government Role and the Efficiency of Policy Instruments.” In *Public Finance in a Changing World*, ed. Peter B. Sorensen, 51–69. London: Palgrave Macmillan.

TAVARES, JOSÉ, 2008. “Os Contratos Públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas”; *Estudos de Contratação Pública*, I, Organização: Pedro Gonçalves, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 965

\_\_\_\_\_, 2008a. “Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 71, CEJUR, pp. 38 – 44

\_\_\_\_\_, 2011. “O Tribunal de Contas e a actividade contratual pública”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 9 – 19

TREPTE, PETER, 2004. *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulations*, Oxford University Press, Oxford

TREUMER, STEEN, 2009. “The distinction between selection and award criteria in EC public procurement law – a rule without exception?”, *Public Procurement Law Review*, N.º 3, pp. 103-111

TRIANAFYLLOU, DIMITRI, 1996. “Les Règles de la Concurrence et l’Activité Etatique y Compris les Marchés Publics”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, pp. 57 – 76

TRIANAFYLLOU, DIMITRI / MARDAS, DIMITRI, 1995. “Criteria for qualitative selection in public procurement: a legal and economic analysis”, *Public Procurement Law Review*, 4, pp. 145-158

VIANA, CLÁUDIA, 2007. *Os Princípios Comunitários da Contratação Pública*, Coimbra Editora

\_\_\_\_\_, 2009. “O procedimento de ajuste directo no Código dos Contratos Públicos (e sua aplicação às autarquias locais)”, *Direito Regional e Local*, n.º 6, pp. 5-15.

\_\_\_\_\_, 2010. “A qualificação dos operadores económicos nos procedimentos de contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública*, II, Organização: Pedro Gonçalves, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra

\_\_\_\_\_, 2013. “A influência do “mercado relevante” na contratação in house”, *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Coimbra, pp. 63 – 84

WILLIAMS, RHODRI, 2008. “European Code of Best Practices Facilitating Access by SME’s to Public Procurement Contracts”, *Public Procurement Law Review*, 6, NA249-252

WOLFENDEN, CATHERINE / MORGAN, ASHLEY, 2013. “Looking a gift horse in the mouth: Abnormally low tenders in public procurement”, *Procurement & Outsourcing Journal*, March/April, pp. 10-12, disponível em <http://www.osborneclarke.co.uk/publications/services/competition/articles/2013/~media/Files/publications/services/competition/2013/looking-a-gift-horse-in-the-mouth.ashx>

### **Documentos Oficiais**

BANCO MUNDIAL, *Turkey – Final country procurement assessment report*, Volume I, June, 2001, disponível em <http://web.worldbank.org/>

COMISSÃO EUROPEIA, 1996. *Green Paper – Public Procurement in the European Union: Exploring the way forward*, Communication Adopted By The Commission On 27<sup>th</sup> November 1996 On The Proposal Of Mr. MONTI, disponível em [http://europa.eu/documents/comm/green\\_papers/pdf/com-96-583\\_en.pdf](http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_en.pdf)

\_\_\_\_\_, 1996. *Comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas*, JOCE C 207/4, de 18.7.96, disponível em

[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996Y0718\(01\):PT:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996Y0718(01):PT:HTML)

\_\_\_\_\_, 1997. *Comunicação relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, de 9 de Dezembro de 1997 – COM (97/C 372/03)*, disponível em

[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):PT:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):PT:HTML)

\_\_\_\_\_, 2010. *Comunicação Estratégia Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo* COM(2010) 2020 final, disponível em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF>

\_\_\_\_\_, 2011. *Ato para o Mercado Único. Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua: «Juntos para um novo crescimento»*, COM(2011)206 final, disponível em

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0206:FIN:pt:PDF>

\_\_\_\_\_, 2011. DG ENTERPRISE AND INDUSTRY (2011), *Evaluation of smes' access to Public procurement markets in the EU*, disponível em [http://ec.europa.eu/enterprise/dg/files/evaluation/smes\\_annex\\_100920\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/dg/files/evaluation/smes_annex_100920_en.pdf)

\_\_\_\_\_, 2011. *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, COM(2011) 15 final, disponível em

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:PT:PDF>

\_\_\_\_, 2012., *Ato para o Mercado Único II. Juntos para um novo crescimento*, COM(2012)573 final, disponível em

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/smact/docs/single-market-act2\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act2_pt.pdf)

ECORYS, 2012. *EU SMEs in 2012: at the crossroads Annual report on small and medium-sized enterprises in the EU*, disponível em

[http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/performance-review/files/supporting-documents/2012/annual-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/performance-review/files/supporting-documents/2012/annual-report_en.pdf)

OCDE, 2002. *Fiscal Design Surveys across Levels of Government*, Tax Policy Studies, No. 7, disponível em

<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2302011e.pdf?expires=1380213298&id=id&accname=ocid49026614&checksum=A1864147A0CF2A5D3F7C7FA7E6F784E8>

\_\_\_\_, 2005. *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*, disponível em [http://www.oecd-ilibrary.org/fr/governance/fighting-corruption-and-promoting-integrity-in-public-procurement\\_9789264014008-](http://www.oecd-ilibrary.org/fr/governance/fighting-corruption-and-promoting-integrity-in-public-procurement_9789264014008-en;jsessionid=37qijcrlqt7un.delta)

[en;jsessionid=37qijcrlqt7un.delta](http://www.oecd-ilibrary.org/fr/governance/fighting-corruption-and-promoting-integrity-in-public-procurement_9789264014008-en;jsessionid=37qijcrlqt7un.delta)

\_\_\_\_, 2007. *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union*”, *Sigma Papers*, No. 41, disponível em <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kml60q9vkl.pdf?expires=1380213418&id=id&accname=guest&checksum=0B2CDAC49534DC25D299BFAA84433082>

<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kml60q9vkl.pdf?expires=1380213418&id=id&accname=guest&checksum=0B2CDAC49534DC25D299BFAA84433082>

\_\_\_\_, 2007. *Integrity In Public Procurement – Good Practice From A To Z*, disponível em <http://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf>

\_\_\_\_, 2009. *Principles for Integrity in Public Procurement*, disponível em <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>

\_\_\_\_\_, 2010. *Policy Roundtables – Collusion and Corruption in Public Procurement*, DAF/COMP/GF(2010)6, 15 de outubro de 2010, disponível em <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>

\_\_\_\_\_, 2011. *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, Sigma Papers, N.º 47, OECD Publishing, disponível em <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kgkgqv703xw.pdf?expires=1380213533&id=id&accname=guest&checksum=7A0A16CA3E522AB7B736416F6E50B0D7>

OFFICE OF FAIR TRADING, 2009. *Government in Markets. Why Competition Matters – a Guide for Policy Makers*, disponível em [http://www.of.gov.uk/shared\\_of/business\\_leaflets/general/OFT1113.pdf](http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/OFT1113.pdf)

PARLAMENTO EUROPEU, 2010. *Resolução sobre novos desenvolvimentos na adjudicação de contratos públicos (2009/2175(INI))*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:161E:0038:0046:PT:PDF>

\_\_\_\_\_, 2011. *Relatório relativo à modernização no domínio dos contratos públicos (2011/2048(INI))*, A7-0326/2011, de 5.10.2011, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2011-0326+0+DOC+PDF+V0//PT>

\_\_\_\_\_, 2013. *Relatório I sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (COM(2011)0895 – C7-0007/2012– 2011/0439(COD))*, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0034+0+DOC+XML+V0//PT>

\_\_\_\_\_, 2013. *Relatório I sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos, (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD))*, disponível em

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0007+0+DOC+XML+V0//PT>

\_\_\_\_\_, 2013a. *Report on organised crime, corruption, and money laundering: recommendations on action and initiatives to be taken (interim report)*, (2012/2117(INI)), de 17.05.2013, disponível em

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2013-0175&language=EN>

\_\_\_\_\_, 2013. *Four-column Document – Classic Directive*, de 2.9.2013, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130904ATT70766/20130904ATT70766EN.pdf>