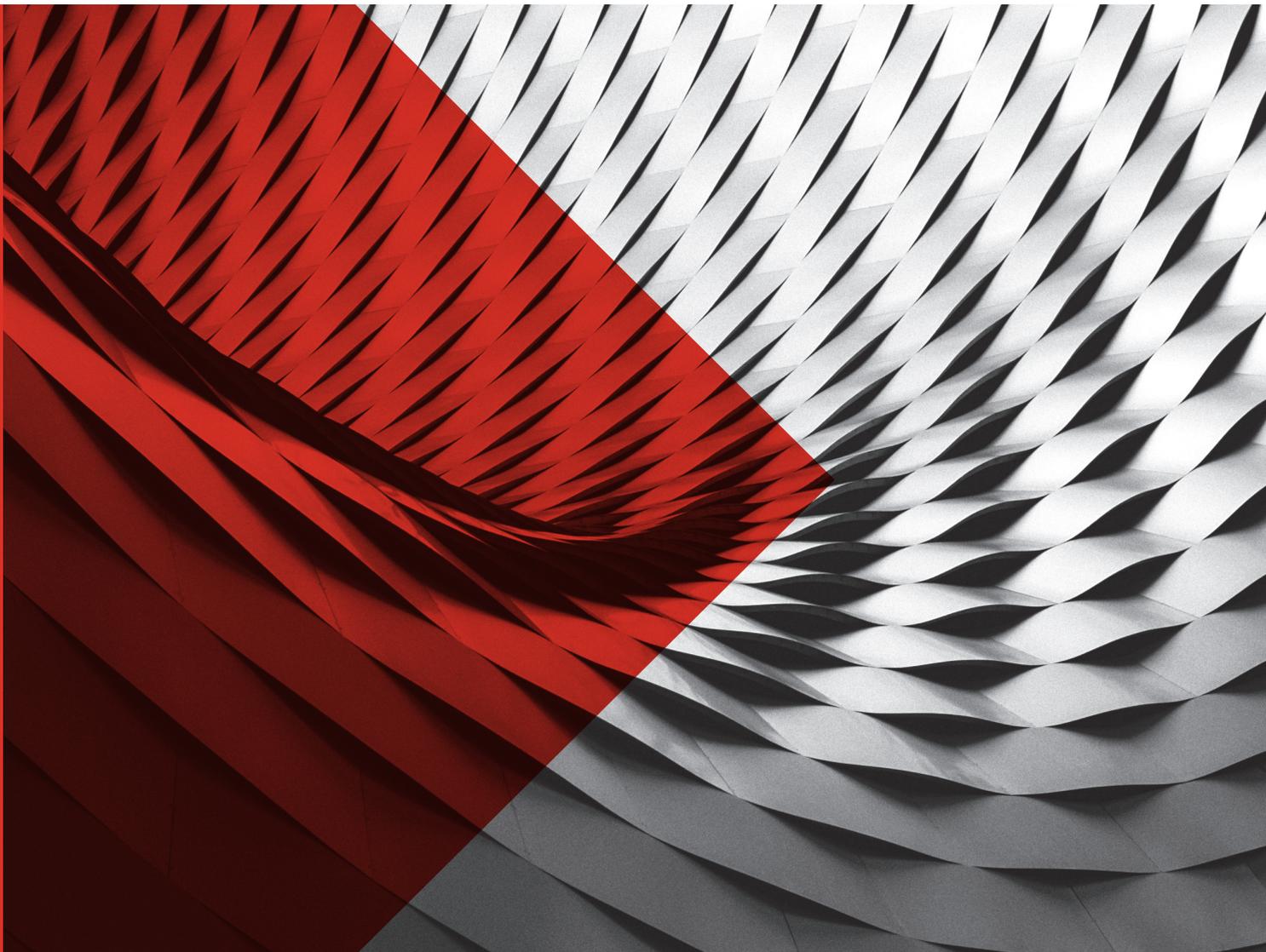


# OS SISTEMAS DE QUALIFICAÇÃO NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: UM PARADOXO INTENCIONAL?

---

MARIA CATARINA VIDIGAL DE PAIVA DA SILVA JUSTINIANO



**OS SISTEMAS DE QUALIFICAÇÃO NO CÓDIGO DOS CONTRATOS  
PÚBLICOS**

**UM PARADOXO INTENCIONAL?**

**Trabalho de Pós-Graduação  
Direito dos Concursos  
Instituto de Ciências Políticas  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
30 de Junho de 2011**

**Maria Catarina de Paiva Vidigal da Silva Justiniano**

**ABREVIATURAS**

<b>Ac</b>	<b>Acórdão</b>
<b>CC</b>	<b>Código Civil</b>
<b>CEDIPRE</b>	<b>Centro de Estudos de Direito Publico e Regulação</b>
<b>CCP</b>	<b>Código dos Contratos Públicos</b>
<b>CPA</b>	<b>Código de Procedimento Administrativo</b>
<b>CPTA</b>	<b>Código de Processo nos Tribunais Administrativos</b>
<b>CRP</b>	<b>Constituição da República Portuguesa</b>
<b>DL</b>	<b>Decreto-Lei</b>
<b>DR</b>	<b>Diário da República</b>
<b>Port.</b>	<b>Portaria</b>
<b>Res.</b>	<b>Resolução</b>
<b>TC</b>	<b>Tribunal Constitucional</b>

## **PLANO**

### **I – INTRODUÇÃO**

**Apresentação do tema**

### **II – DESENVOLVIMENTO**

**1. A consagração de uma área de “livre-decisão” às entidades adjudicantes**

**1.1. A natureza híbrida dos Sistemas de Qualificação**

**1.2. A ausência do “mínimo constitucionalmente exigido” no regime dos Sistemas de Qualificação?**

**1.3. A inconstitucionalidade material da alínea j) do artigo 55.º do CCP?**

**2. A remissão genérica para concursos tipificados durante a segunda fase dos concursos promovidos com base em sistemas de qualificação**

**2.1. A inaceitável paridade entre o ajuste directo e o procedimento de negociação?**

**3. A exclusão de todos os interessados na qualificação e o recurso ao ajuste directo “de cila a caríbdis”?**

### **III - CONCLUSÕES**

## **I – INTRODUÇÃO**

### **Apresentação do tema**

O presente trabalho tem por objecto a análise do regime dos Sistemas de Qualificação, tal como (in)definido no Código dos Contratos Públicos (CCP) <sup>(1)</sup>.

O trabalho inicia-se equacionando a omissão ou lacuna, porventura deliberadas, que conduziram o legislador a desprezar o estabelecimento de um regime procedimental caracterizado pela consagração de um “mínimo útil” de regras preceptivas, salvaguardando o direito de iniciativa económica dos interessados na qualificação, em prol da delimitação de uma área excepcional de “livre-decisão” das entidades adjudicantes que não encontra paralelo, muito antes pelo contrário, nos procedimentos concursais típicos.

No que toca particularmente ao impedimento absoluto e automático de participação em concursos, consagrado na alínea j) do artigo 55.º do CCP, verificaremos como o mesmo assume uma amplitude operativa insuspeitada quando enquadrado no âmbito dos Sistemas de Qualificação.

Prosseguimos analisando a remissão genérica para o regime dos concursos limitados por prévia qualificação e procedimentos de negociação, conforme estipulado pelo CCP em fase de envio de convites, recepção de propostas, respectiva negociação e avaliação, na segunda fase dos concursos cuja abertura é efectuada mediante a publicação de anúncios de Sistemas de Qualificação.

Concluimos analisando questões específicas que se colocam em sede de recurso a ajuste directo por parte das entidades operadoras de Sistemas de Qualificação/entidades adjudicantes.

Cabe-nos reconhecer que a argumentação expendida no presente trabalho é necessariamente sucinta e não aprofundada, atentos, entre outros, os limites de espaço.

## **II – DESENVOLVIMENTO**

---

<sup>1</sup>() Os artigos mencionados sem ser referido o diploma respectivo consideram-se relativos ao CCP.

## **1. A consagração de uma área de “livre-decisão” às entidades adjudicantes**

De forma paradoxal, quando se pondera a filosofia formalista e maximalista do CCP, os Sistemas de Qualificação acabam por constituir, no domínio de um diploma intensamente disciplinado a pondo de roçar a exaustividade e a redundância, uma área de “livre-decisão”, por via, em simultâneo, da estipulação de um regime permeado de lacunas e omissões em sede da fase de qualificação, e da remissão para os procedimentos de negociação em fase de recepção e avaliação de propostas.

Acresce que a aplicação deste instrumento procedimental especial se presta a equívocos, quando se pondera a natureza intrinsecamente híbrida desta figura, conforme iremos expor seguidamente.

### **1.1. A natureza híbrida dos Sistemas de Qualificação**

A natureza híbrida dos Sistemas de Qualificação resulta de desempenharem duas funções autónomas: i) a primeira, mais óbvia e frequentemente mencionada pela doutrina <sup>(2)</sup>, consiste no facto de assim se criarem “bolsas” ou universos estáveis de entidades qualificadas que cumprem os requisitos de capacidade financeira e técnica exigidos pelas entidades adjudicantes, dispensando-as de efectuar “múltiplas” qualificação individuais e autónomas em cada concurso que realizarem; e ii) a segunda função, menos referida pela doutrina, consiste no facto de o anúncio de um Sistema de Qualificação poder constituir, em simultâneo, meio de abertura de um concurso, dando assim início, desde logo, ao procedimento concursal pré-contratual propriamente dito.

Naturalmente, as duas funções exercem-se de forma independente e não são necessariamente cumulativas. Poderá ter interesse, para uma entidade adjudicante,

---

<sup>2</sup>0) A título meramente exemplificativo refere-se CLÁUDIA VIANA, *A Qualificação dos Operadores Económicos nos Procedimentos de Contratação Pública*, Estudos de Contratação Pública – II, CEDIPRE, Coimbra, 2010, p.153 e 193-196, segundo a qual “no elenco de vantagens reconhecidas a este sistema, destacam-se, entre outras, a redução do tempo e do dinheiro gastos com a qualificação dos operadores económicos e uma maior rapidez na adjudicação.”, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Estudos sobre Contratos Públicos*, A.F.D.L., 2010, ps. 87-92, MIGUEL CATELA, *Contratação Pública nos Sectores da Água, Energia, Transportes e Telecomunicações*, Fórum Mercados, 2002, p. 108 e ss., e JORGE ANDRADE SILVA, *Código dos Contratos Públicos*, 2.º edição, Almedina, 2009, p.571 e ss.

elaborar listas de entidades qualificadas e dos contratos que aquelas estão disponíveis para celebrar, mesmo que tal suceda apenas a título informativo, sem ter ocorrido ainda a decisão de contratar. Pelo contrário, tencionando iniciar um concurso, a entidade adjudicante pode ter interesse, por uma questão de economia de meios, em que todo o trabalho técnico e administrativo desenvolvido na análise dos pedidos de qualificação não se esgote na elaboração de listas de entidades abstractamente qualificadas e possa ser objectivamente aproveitada para um ou vários concursos específicos (neste segundo caso é evidente a função procedimental dos Sistemas de Qualificação, que justifica a respectiva designação como “instrumentos procedimentais especiais”, na terminologia do CCP).

A natureza híbrida das funções desempenhadas pelos Sistemas de Qualificação possui implicações manifestas, se no primeiro caso referido os Sistemas de Qualificação podem não vir a ter qualquer relevância concursal efectiva e real, circunscrevendo-se a uma função meramente informativa, já no segundo caso, quando o respectivo anúncio constitui meio de abertura de um concurso, as regras dos Sistemas de Qualificação, bem como todos os trâmites e respectivos procedimentos, integram o concurso, quase como se de um sub-procedimento se tratasse, em tudo semelhante à fase de qualificação dos concursos limitados por prévia qualificação e procedimentos de negociação.

A partir do momento em que a publicação do anúncio do Sistema de Qualificação constitui meio de abertura de um concurso ou de vários, destinados à celebração de contratos de empreitada, de fornecimento de bens móveis e de serviços, tal significa que o procedimento pré-contratual se iniciou, para todos os efeitos. Assim, o programa ou documento (qualquer que seja a respectiva designação) do Sistema de Qualificação, estipulando os requisitos técnicos de capacidade técnica e financeira, os termos em que a qualificação se processa (critério simples ou complexo), o modelo de avaliação de pedidos de qualificação (se for o caso) etc, constitui uma peça do procedimento. Assim, a interpretação das alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 40.º do CCP, no que se refere a “programa de procedimento”, deve ser extensiva, englobando os programas de qualificação, mesmo que estes não tenham sido literalmente previstos. Naturalmente,

também os programas de qualificação se configuram como regulamentos administrativo, nos termos do artigo 41.º do CCP.

## 1.2. A ausência do “mínimo constitucionalmente exigido” no regime dos Sistemas de Qualificação?

Parece constituir opinião unânime ter o CCP tomado a opção legislativa de regulamentar exaustivamente os procedimentos concursais, de molde a não deixar uma margem de manobra significativa à discricionariedade administrativa das entidades adjudicantes, e, quando lhes reservou espaços de decisão, conjugou a liberdade de opção e/ou de estipulação com o princípio da auto-vinculação. Segundo alguns autores, “afigura-se que o legislador não confia na capacidade das entidades adjudicantes escolherem as soluções mais adequadas na conformação dos procedimentos: teme que as mesmas não sejam capazes de (por incompetência mas julgo que, igualmente, por poderem ser movidas por outros fins que não o interesse público) e por isso prefere impor-lhes regras procedimentais detalhadas”<sup>(3)</sup>, <sup>(4)</sup>. Tal opção foi alvo de críticas variadas, no entanto,

<sup>3</sup>) MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O artigo 55.º, alínea j) do Código dos Contratos Públicos, Mais Vale Ser do que Parecer*, Revista de Contratos Públicos, CEDIPRE, N.º 1, 2011, P. A autora limita-se a reiterar um juízo que já produzira a propósito do concurso público, “a primeira constatação que cumpre fazer é a da exaustiva regulamentação de que cada procedimento é alvo. Perante a alternativa de traçar as linhas essenciais de cada procedimento – deixando para o aplicador o desenho detalhado do mesmo, face às concretas situações da vida e às exigências particulares de cada contrato – ou de delinear com pormenor cada passo procedimental, limitando a tarefa do aplicador ao preenchimento dos espaços em branco que apenas podem ser conhecidos no momento de contratar -, o legislador optou claramente por esta segunda hipótese. Por essa razão, ao lermos o que no CCP se estabelece em matéria de concurso público temos algumas vezes a sensação de estarmos a ler disposições de um programa de concurso”, *O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos*, Estudos de Contratação Pública – I, CEDIPRE, Coimbra, 2008, p. 183-182. Embora acompanhem o pensamento da autora, seguramente temos como garantido que ao ler os poucos artigos do CCP que estipulam o regime dos Sistemas de Qualificação, não ocorrerá a ninguém a sensação de estar a ler um programa de concurso, justamente porque nesta matéria, e de forma paradoxal face ao contexto legislativo sistemático mencionado, o que choca é a ausência de fixação de um regime com uma densidade mínima, apta a salvaguardar os interesses legítimos dos operadores económicos.

<sup>4</sup>) Em contraposição à tese da intervenção maximalista do CCP, menciona-se, naturalmente, RUI MEDEIROS, *Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 69, 2008, p. 3 e ss., segundo o qual, “o Código, ao delimitar o âmbito de aplicação do regime da contratação pública nele plasmado, vai, como se confirmará mais adiante, bastante mais longe do que aquilo que, numa mera transposição directa e acrítica das Directivas n.º 2004/18/CE e 2004/17/CE seria exigido ao legislador português. A opção compreende-se à luz do princípio da concorrência que confere unidade de sentido às soluções do Código neste domínio” (...) o legislador português revelou, pelo contrário, ter plena consciência da incompletude estrutural das Directivas (...) o resultado alcançado reflecte, provavelmente, um compromisso paradoxal. O legislador comunitário, ao

embora a orientação adoptada seja consistente e reiterada, a verdade é que não é inexpugnável e oferece o flanco a críticas, tanto mais perplexas, quanto determinados graus de latitude decisória e de ponderação discricionária reservada às entidades adjudicantes são incompatíveis, de todo, com a hegemonia da disciplina exaustivamente tipificadora do CCP. Cremos que o procedimento especial dos Sistemas de Qualificação constitui um exemplo flagrante de falta de densidade das normas empregues, recurso indevido a princípios administrativos que pressupõem a existência de regras preceptivas a fim de poderem exercer uma acção integrativa, de lacunas de regime dificilmente explicáveis exigindo o recurso permanente à analogia, e, por último, de transposição deficiente da Directiva n.º 2004/17/CE, pelo que a leitura das disposições constantes dos artigos 25.º a 250.º do CCP terá de ser efectuada “em conformidade” à Directiva (forçando a letra da lei e eventualmente o seu espírito?).

Verifica-se que a Directiva 2004/17/CE é, ela própria, relativamente pouco clara, prestando-se a equívocos no que toca aos Sistemas de Qualificação, instrumento procedimental especial dinâmico que o diploma não define, ao contrário do que sucede com os sistemas de aquisição dinâmicos, acordos-quadro e centrais de compras (cfr. números 4, 5 e 8 do artigo 1.º). O regime aplicável aos Sistemas de Qualificação encontra-se assim disseminado pelas diversas disposições da Directiva, de forma sistematicamente desagregada, sucedendo-se as referências a esta realidade a propósito das diversas matérias e fases concursais que o diploma vai elencando. As referências aos Sistemas de Qualificação surgem assim no n.º 3 do artigo 41.º e na alínea b) do n.º 1 do artigo 42.º (relativos a anúncios de concursos), no n.º 3 do artigo 43.º (correspondentes a anúncios de adjudicação), n.º 3, n.º 4 e n.º 5 do artigo 49.º (concernem a informações a prestar aos interessados que solicitem a qualificação num Sistema de Qualificação), no n.º 2 do artigo 51.º (trata da selecção dos participantes em processos de adjudicação), e no artigo 53.º (consagra um conjunto de regras procedimentais específicos desta figura).

Das normas referidas destacamos o n.º 2 do artigo 51.º, que não se nos afigura correctamente transposto pelo CCP, sendo que as restantes disposições foram o que se

---

aprovar as Directivas n.º 2004/18/CE e 2004/17/CE, se recusou a opção por uma regulamentação rígida de regras incorporada num regulamento comunitário, que havia sido sugerida, por exemplo, pelo Comité Económico e Social, não deixou também de rejeitar o paradigma principiológico, assente numa normação pouco pormenorizada e mais aberta, sugerido por alguns autores”.

poderia descrever como, “copiadas”, para os artigos 245.º a 250.º (muito embora, compaginando os dois diplomas, não consigamos evitar a conclusão de que o regime fixado na Directiva se afigura mais complexo e pormenorizado do que o seu “homólogo” nacional). Salvo melhor opinião, no estrito domínio dos Sistemas de Qualificação não nos parece que o legislador português tenha logrado atingir o duplo objectivo estratégico de não se cingir a uma transposição “acrítica” das directivas <sup>(5)</sup>, e de colmatar a respectiva “incompletude estrutural” <sup>(6)</sup>, muito antes pelo contrário.

O n.º 2 do artigo 51.º da Directiva estabelece o que se poderia definir como o princípio da equiparação entre as regras aplicáveis aos Sistemas de Qualificação e os demais regimes dos concursos limitados por prévia qualificação e procedimentos de negociação. A disposição determina que sempre que a abertura de um concurso seja efectuada por meio da publicação de um Sistema de Qualificação, e para efeitos da selecção dos participantes nos processos de adjudicação assim abertos, incumbem duas obrigações às entidades adjudicantes: i) efectuar a qualificação dos operadores económicos em conformidade com o artigo 53.º; e, ii) aplicar a esses operadores económicos as disposições do n.º1 do artigo 51.º que sejam pertinentes, para os concursos limitados e os procedimentos por negociação. Ora o n.º 1 do artigo 51.º, para fins de selecção dos participantes nos processos de adjudicação, tanto se refere a proponentes como a candidatos (cfr. alíneas a), b) e c)). A remissão efectuada pelo n.º 2 do artigo 51.º não é limitativa nem opera qualquer distinção entre a fase de qualificação e selecção de candidatos e a fase de apresentação e selecção de propostas. Porque motivo o legislador português não procedeu de idêntica forma? Na realidade, o CCP efectua uma “redução” da remissão efectuada pelo n.º 2 para o n.º 1 do artigo 51.º da Directiva, considerando que as disposições pertinentes dos concursos limitados por prévia qualificação e dos procedimentos de negociação só se aplicam “a partir da fase da apresentação das propostas” (cfr. n.º 3 do artigo 250.º do CCP). O que deixa quase “em branco” a parte procedimental aplicável à aceitação, análise e qualificação de “interessados na qualificação”, sujeitos concursais estes, idênticos aos “candidatos”.

---

<sup>5)</sup> RUI MEDEIROS, *ob.cit.*p.3

<sup>6)</sup> RUI MEDEIROS, *ob. cit.* p3.

Em matéria de qualificação no âmbito dos Sistemas de Qualificação, o CCP é principiológico, no sentido mais puro do termo. Na verdade, o máximo que se pode extrair, em matéria de disposições substanciais, do teor do artigo 246.º consta do n.º 1, nos termos do qual, os Sistemas de Qualificação devem basear-se em regras e critérios objectivos e não discriminatórios, nomeadamente relativos ao preenchimento de requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica, devendo ser aplicados em condições de igualdade. O menos que se pode afirmar é que a norma é redundante, pois os princípios da objectividade, não discriminação e igualdade derivam directamente do n.º 2 do artigo 266.º da CRP, foram consagrados no CPA e sumariamente referidos no n.º do artigo 1.º do CCP, pelo que, claramente, não carecem de ser repetidos nesta sede. Assim, qual a função que esta norma (n.º 1 do artigo 246.º do CCP) desempenha? A norma é puramente redundante no que concerne à invocação de princípios comuns à actividade administrativa e aos procedimentos concursais, e muito pouco esclarecedora no que diz respeito à qualificação, pois apenas fornece a indicação de que aquela pode reportar-se a critérios mínimos de capacidade económica e financeira (nada mais adiantando sobre esta matéria). O disposto no n.º 2 do artigo 246.º é igualmente redundante quando afirma que os critérios de qualificação devem ser adequados ao tipo e às características das prestações abrangidas pelo objecto do contrato, o que já deriva dos princípios da imparcialidade e da objectividade. O n.º 2 do artigo 246.º do CCP apenas possui algum conteúdo útil quando remete para o regime das especificações técnicas constante do artigo 49.º. O resto do artigo norma estipula regras acessórias de reconhecimento mútuo pelos estados de certificações emitidas por organismos independentes de outros Estados membros da União Europeia, contemplando aspectos secundários do regime.

E é isto. No que toca à fase de qualificação, o n.º 1 do artigo 246.º do CCP limita-se a remeter para princípios, curiosamente, no que respeita à fase de apresentação de propostas, o n.º 3 do artigo 250.º remete para regras preceptivas muito concretas, constantes do regime aplicável aos procedimentos clássicos de contratação, respectivamente o concurso limitado por prévia qualificação e os procedimentos de negociação.

Pergunta-se porque motivo foi consagrado este sistema bicéfalo de remissões para disposições de natureza e função totalmente diversas (princípios versus regras), no âmbito do mesmo instrumento procedimental (7)?

Admite-se que a resposta possa reconduzir-se ao facto de o n.º 2 do artigo 51.º da Directiva referir que em matéria de qualificação se deve aplicar aos operadores económicos o regime constante do artigo 53.º No entanto, as regras constantes do artigo 53.º possuem natureza operacional, e não excepcional, nada obstando à respectiva aplicação em articulação com o regime dos concursos limitados por prévia qualificação e procedimentos de negociação. A remissão constante da alínea b) do n.º 2 do artigo 51.º da Directiva refere a aplicabilidade das regras pertinentes destes procedimentos clássicos, não as restringe à fase de apresentação de propostas sendo perfeitamente articulável com as disposições constantes do artigo 53.º

A entender o contrário, ou seja, que os Sistemas de Qualificação possuem regras de alguma forma excepcionais no que toca à fase da qualificação, ficaríamos reduzidos ao mais do que “frugal” regime principiológico constante do n.º 1 do artigo 246.º do CCP (8),

<sup>7</sup>) Conforme refere MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurrais*, p. 5, a estrutura dos princípios não se reconduz à previsão e estatuição, ao contrário do que sucede com as regras preceptivas, a respectiva aplicação exige uma actividade de ponderação discricionária, e, de um modo geral, possuem uma natureza conflitual entre si, não passível de ser solucionada pelos métodos clássicos de resolução de antinomias (critério cronológico, *lex posterior derogat legi priori*, critério hierárquico, *lex superior derogat legi inferiori*, e critério da especialidade, *lex specialis derogat legi generali*), cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p. 643. A colisão de princípios não origina a anulação de um deles (interpretação abrogante) e sim a compatibilização de ambos em sede de discricionariedade ponderativa. Naturalmente, é, como sempre, uma discricionariedade com aspectos vinculados, mas que no seu cerne acaba por se reconduzir a uma margem de quase livre apreciação administrativa.

<sup>8</sup>) A natureza lacunar do regime de qualificação em sede de Sistemas de Qualificação, bem como a insuficiência do regime constante do artigo 246.º do CCP é reconhecida, mesmo que de forma não muito ostensiva, por alguns autores, é o caso de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *ob. cit.* ps. 89-90, o qual sublinha a necessidade de integrar o regime dos Sistemas de Qualificação com o disposto no artigo 165.º do CCP, na medida em que “contempla diversas concretizações importantes” em matéria de formulação de requisitos de capacidade técnica e financeiro, e subsidiariamente com o disposto no CPA em sede de audiência prévia, quando a decisão de qualificação seja desfavorável aos interessados, (pode afirmar-se que estas duas vertentes são o mínimo absolutamente indispensável, mas não suficiente, para densificar o regime dos Sistemas de Qualificação. No mesmo sentido, em termos gerais no que respeita aos contratos públicos, se pronuncia MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Almedina, 2006, p. 369 (nota 14), “excepto casos especiais, faz sentido entender que a formalidade de audiência prévia dos interessados vale para a formação dos contratos dos contratos públicos. Sendo a audiência prévia uma exigência, entre outros, quer do princípio da colaboração da Administração com os particulares, quer do princípio da participação, princípios gerais da actividade administrativa aplicáveis a toda a actividade da

(<sup>9</sup>). A disposição em causa nada dispõe, no que toca à opção pelo modelo, simples ou complexo, de qualificação, no que respeita à tipologia dos elementos a considerar em sede de requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, à necessidade de consagrar um modelo de avaliação de pedidos de qualificação quando se optar pelo modelo complexo, aos trâmites de audiência prévia, etc. Trata-se de uma sucessão de omissões e de lacunas encadeadas, que contrastam de forma evidente com o rigor da previsão detalhada de todas as regras materiais e procedimentais aplicáveis aos concursos limitados por prévia qualificação.

O regime lacunar descrito não pode ser integrado pelo mero recurso a princípios comunitários, de contratação pública ou constitucionais, não sendo essa a função primordial da normatividade principialista. Conforme a doutrina sublinha (cfr. Miguel Nogueira de Brito, *ob.cit.* p.6 e Paulo Otero, *ob. cit.* p. 628), o processo de ponderação subjacente à aplicação de princípios sem a mediação de regras preceptivas não só pode conduzir ao “esvaziamento dos valores subjacentes”, como pode pôr em causa a segurança jurídica, “não dispensando regras de direito positivo, e fundamentais à aplicação daqueles no processo concretizador”.

Na verdade, dada a ausência de um número apreciável de normas preceptivas no artigo 246.º do CCP, cuja epígrafe ironicamente se intitula “regras dos sistemas de qualificação”, a eficácia ou “função positiva (<sup>10</sup>)” e “integrativa (<sup>11</sup>)” destes resulta quase anulada. O espaço normativo em aberto que resulta do disposto no artigo 246.º é de tal ordem, que não é susceptível de ser preenchido ou densificado com o recurso a princípios

---

Administração (v. Artigo 267.º, n.º 4 da CRP), consagrando o princípio da participação dos interessados na formação das decisões e deliberações que lhes disserem respeito), há que retirar as devidas consequências a nível dos procedimentos pré-contratuais (por exemplo, em relação a dois actos paradigmáticos dos procedimentos administrativos adjudicatórios: os actos de exclusão e os actos de adjudicação).”

<sup>9</sup>) Admite-se que alguma doutrina não partilhe esta interpretação, designadamente MARGARIDA OLAZABAL CABARL, *o artigo 55.º ...*, *ob.cit.* p.132, uma vez que a previsão dos artigos 25.º a 250.º parece encaixar-se na política legislativa recomendada pela autora de “regular apenas alguns passos destes procedimentos, e consagrar os princípios que os regem, deixando às entidades adjudicantes a possibilidade de efectuarem regulamentos ad-hoc, ou na sequência de regulamentos aprovados por sectores ou tipos de contratos, conformarem os procedimentos às reais características da situação concreta. O legislador do CCP parece atribuir poderes vinculados às entidades adjudicantes, limitando-se a discricionariedade ao mínimo indispensável”.

<sup>10</sup>) RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os Princípios Gerais da Contratação Pública – I*, Coimbra, 2008, p.54.

<sup>11</sup>) *Idem.*

administrativos, na medida em que a densificação pressupõe a existência prévia de uma arquitectura mínima de regras, mesmo que defeituosas ou incompletas. Também não se vislumbra como poderiam os princípios em causa ser utilizados na terceira forma de “projectão” a que se refere Rodrigo Esteves de Oliveira (ob. cit. p.53) constituindo ou auxiliando a criar a “norma-do-caso”. Se tal é admissível em operações interpretativas pontuais, e de natureza excepcional, não se vê como poderia recorrer-se por sistema a normas principialistas para erigir todo um bloco de regras, colmatando um regime que simplesmente foi omitido. A força projectiva dos princípios jurídicos não permite tal protagonismo interpretativo, que poderia roçar o arbítrio.

Perante tais lacunas e opção pela consagração de meras normas principialistas, não está cumprido, a nosso ver, o mínimo útil de densificação do regime, sendo deixada uma latitude de ponderação e de apreciação às entidades adjudicantes que excede tudo o que dispõe o artigo 18.º da CRP, e deixa o exercício do direito de iniciativa económica sujeito à quase total discricionariedade técnica da entidade adjudicante <sup>(12)</sup>. A única alternativa a este julgamento consiste em efectuar a interpretação das normas conforme à Directiva <sup>(13)</sup>, à CRP e com apoio no CC, aplicando-se por analogia, nas partes pertinentes, o regime de qualificação constante do concurso limitado por prévia qualificação.

<sup>12</sup>) Reconheça-se que o problema da normatividade principialista não é específico dos concursos, trata-se de um fenómeno contemporâneo, articulado com a tendência para a deslegalização e a implementação das “galáxias regulamentares” que alguns designam como “neofeudalização normativa” (cfr. PAULO OTERO, *ob. cit.* p.628 e ss) resultante da ponderação de interesses, do equilíbrio entre tendências, da natureza compromissória da legislação recente, do balanciamento e concordância prática entre direitos fundamentais, etc. Segundo o autor citado, “o conteúdo das próprias normas das leis revela uma progressiva substituição de regras por princípios, originando uma normatividade principialista (...) que provoca uma diluição do conteúdo material da legalidade, fazendo surgir um Direito Administrativo de princípios, e reforçando o protagonismo do aplicador administrativo num sistema de legalidade predominantemente aberto (...) a referida textura aberta de um Direito Administrativo principialista é ainda reforçada pela proliferação normativa de conceitos vagos e indeterminados, de normas contendo cláusulas gerais e de normas gerais em branco”. Salvo melhor opinião concordamos integralmente com a tese exposta, e se há domínio onde o sistema de legalidade não pode ser excessivamente “aberto” é o da contratação pública.

<sup>13</sup>) Outros casos se verificam, nos quais é necessário efectuar a interpretação do CCP em termos conformes à Directiva, é o que sucede na interpretação do n.º1 do artigo 165.º do diploma, o qual enuncia, a título exemplificativo, “os aspectos, situações, qualidades, características e outros elementos que podem ser tidos em conta para efeitos de avaliação da capacidade técnica dos operadores económicos, mas que não correspondem, de modo algum, a uma enumeração de documentos (...) entendemos, assim, que, não obstante a omissão do legislador português, devem as entidades adjudicantes, em especial nos procedimentos que sejam publicitados no JOUE, aplicar directamente o disposto no art. 8.º da Directiva 2004/18/CE, escolhendo, exclusivamente de entre os documentos enunciados neste preceito, aqueles que vão exigir aos operadores económicos para avaliação da sua capacidade técnica, sob pena de violação da legalidade comunitária”, CLÁUDIA VIANA, *ob. cit.* ps. 175-176.

Naturalmente, temos consciência de que múltiplas objecções seriam colocadas pela doutrina (e com maior violência pelos particulares) a esta interpretação, designadamente realçando a necessidade de se enfatizar o timbre específico da consagração dos Sistemas de Qualificação enquanto instrumentos procedimentais especiais. Com efeito, estes visam, em primeira linha, agilizar e facilitar os procedimentos concursais das entidades que operam nos sectores especiais, muitas vezes de natureza privada, concessionárias de serviços públicos, desempenhando actividades de prestação de serviços essenciais, e que nessa medida carecem de um regime pautado pela flexibilidade na celebração de contratos (motivos esses, de resto, já invocados para sustentar a respectiva exclusão do regime da contratação pública) <sup>(14)</sup>. Tal asserção é um facto que não pode ser negado, e o objectivo inequívoco da Directiva, no que toca às entidades adjudicantes que operam nos sectores especiais, é justamente o de aliviar procedimentos excessivamente burocráticos e morosos. Nessa medida não defendemos, aliás tal não resulta da Directiva, a aplicação “em bloco” do regime aplicável à fase de qualificação nos procedimentos ditos clássicos, aos concursos celebrados com base em Sistemas de Qualificação. Apenas entendemos que a remissão efectuada pelo n.º 2 do artigo 51.º da Directiva abrange os aspectos essenciais do regime dos concursos limitados por prévia qualificação e dos concursos de negociação, sejam estes relativos à fase de qualificação ou à fase de apresentação de propostas.

### **1.3. A inconstitucionalidade material da alínea j) do artigo 55.º do CCP?**

Se o impedimento constante da alínea j) do artigo 55.º do CCP coloca os problemas habitualmente salientados pela doutrina, a qual muito bem sublinha que o legislador foi

<sup>14</sup>

( ) Conforme sublinha MARK KIRKBY, *a Contratação Pública nos Sectores Especiais*, Estudos de Contratação Pública – II, CEDIPRE, Coimbra, 2010, p. 2 e ss., na realidade não se verificavam motivos para sustentar a exclusão de determinados sectores das regras de contratação pública, atentos os processos de privatização em curso de muitas empresas que operavam nestes sectores e a intenção de aprofundar a liberalização do mercado interno. Por outro lado, eram as empresas operadoras nestes mercados as primeiras interessadas em aproveitar as vantagens da concorrência na celebração de contratos. Citando o autor, “o regime da contratação pública nos sectores especiais é assumidamente marcado pela intenção de se aplicar a um leque mais alargado de tipos de entidades do que aquelas que estão abrangidas pelas regras aplicáveis à contratação clássica (alargando o elenco de entidades adjudicantes), ao mesmo tempo que se consagram regras menos rígidas no que concerne quer aos limiares de valor a partir dos quais a celebração de contratos abrangidos está sujeita à tramitação dos procedimentos pré-contratuais típicos previstos, quer às regras de escolha e de tramitação destes últimos”.

mais longe do que o previsto nas Directivas, sem que para tal se verificasse um motivo preponderante <sup>(15)</sup>, estes agravam-se substancialmente quando falamos de Sistemas de Qualificação. Com efeito, os Sistemas de Qualificação são utilizados por um universo muito restrito de entidades, e, com muita frequência, o número de entidades que constituem potenciais adjudicatários é igualmente restito. As entidades adjudicantes nos termos do artigo 7.º do CCP, titulares de direitos especiais ou exclusivos que afectem substancialmente o exercício de actividades nos sectores ditos especiais são, com muita frequência, concessionárias de serviços públicos e, nessa medida, exploram redes de infraestruturas, enquanto monopólios naturais, pelo que a complexidade técnica constitui uma marca típica dos contratos por elas celebrados. Em consequência, as relações comerciais entre estas entidades e os respectivos adjudicatários tendem a prolongar-se no tempo, e a revelar considerável estabilidade. A maioria dos contratos de empreitada ou de aquisição de bens móveis e de prestação de serviços adjudicados por estas entidades possui cláusulas pós-venda de natureza variada, incluindo a assistência técnica, a formação e prestação contínua de informações de forma actualizada, o acompanhamento de execução, sendo consagrados “Service Level Agreements-SLA” extraordinariamente pormenorizados e só passíveis de cumprimento mediante a contínua prestação de informação técnica por parte dos adjudicatários. Dentro de certos limites, pode afirmar-se que o cumprimento de deveres de cuidado e de informação, deveres secundários que decorrem fluentemente do princípio da boa fé, assumem um protagonismo e uma dinâmica máxima, qualificada, no domínio dos contratos celebrados com base em sistemas de qualificação. Recorda-se que em se tratando da prestação de serviços públicos, as próprias entidades adjudicantes estão sujeitas a autoridades reguladoras independentes e a padrões estritos de qualidade de serviço técnico e comercial, cujo incumprimento implica frequentemente o pagamento de compensações automáticas aos consumidores. Acresce que as actividades que exercem são frequentemente perigosas por natureza, quer para efeitos civis, quer ambientais, conforme dispõem os artigos 493.º e 509.º do CC e conforme previsto no Anexo III do DL n.º 147/2008, de 29 de Julho, pelo que geram responsabilidade objectiva e pelo risco. Pondere-se o facto de as especificações técnicas dos contratos celebrados por estas entidades consagrarem

---

<sup>15</sup> MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.* p. 24, e MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O artigo 55.º...*, *ob. cit.*, p.157.

períodos de vida útil dos equipamentos estimada em várias décadas, sendo que os prazos de garantia estão limitados a períodos de tempo muitíssimo mais curto (2 anos, como regra, com pequenas excepções), bem como as exigências ambientais que é usual constarem das especificações técnicas (<sup>16</sup>).

Face ao enquadramento referido, é fácil de conceber o nível de comunicação e de informação que é vital manter, quer pelas entidades que operam Sistemas de Qualificam e adjudicam contratos com base nestes, quer por parte dos interessados na qualificação/interessados qualificados e futuros adjudicatários, ambas as partes interessadas sobretudo em salvaguardar potencial responsabilidade civil e ambiental, designadamente em caso de deficiência de equipamentos ou de produtos, de produtos viciados por erros sistemáticos ou simplesmente inadequados para os fins pretendidos (por vezes extraordinariamente complexos e com múltiplas funcionalidades). Pondere-se ainda, o facto de frequentemente não existirem normativos legais típicos que estipulem as regras de construção, segurança e materiais/componentes que integram os equipamentos/produtos (na verdade são excessivos, os casos em que apenas se verificam, como referenciais, normas emitidas produzidas por diversas comissões internacionais e certificações emitidas por laboratórios). O facto de muitas vezes estar em causa tecnologia de ponta, ocasionalmente em fase experimental ou relativamente à qual não existem dados estatísticos ou estudos consolidados (o que dificulta sobremaneira a aplicação do princípio da prevenção e pode mesmo criar tentações de aplicar o princípio

---

<sup>16</sup>) A inserção de cláusulas de protecção ambiental nas especificações técnicas constitui um fenómeno em plena expansão e que ainda não atingiu as suas máximas dimensões, decorre, em parte, das políticas secundárias consagradas nas directivas relativas à contratação pública, “em 2001, a Comissão publicou duas comunicações interpretativas, relevantes a este propósito. Na primeira, o Direito Comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos, a Comissão salienta que, a par das preocupações económicas, devem ser tomadas em considerações preocupações ambientais. Assim, propõe que tais considerações sejam levadas em conta na definição do objecto do contrato e das especificações técnicas (exigindo, por exemplo, a utilização de determinados materiais ou determinados processos de fabrico ou a utilização de rótulos ecológicos ou a exigência da entrega da mercadoria em embalagens reutilizáveis), ou na fase de selecção (exigindo, a propósito da capacidade técnica determinada experiência ambiental ou, por exemplo, a participação num sistema de ecogestão), ou ainda, na fase da escolha da proposta economicamente mais vantajosa”, MARIA JOÃO ESTORNINHO, ob.cit., Almedina, 2006, p. 344.

da precaução na sua vertente ambiental mais “maligna” (<sup>17</sup>) justifica o extremo cuidado com que as entidades adjudicantes operam os Sistemas de Qualificação.

Não é assim surpreendente que mesmo não aplicando o diálogo concorrencial, (procedimento complexo e prolongado, incompatível com as necessidades quotidianas), as entidades responsáveis por Sistemas de Qualificação recorram permanentemente ao “diálogo técnico” a que alude o considerando número 15 da Directiva 200/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março. Diga-se, com rigor, que a interacção referida, tal como resulta da prática seguida pelas responsáveis por Sistemas de Qualificação, não se traduz, sequer, em solicitar pareceres que possam ser utilizados para cadernos de encargos, conforme configura o mencionado considerando, e sim na utilização processos expeditos, não institucionalizados, informais, quotidianos, de processamento bidireccional de informação actualizada. De resto, inerente à instituição de um Sistema de Qualificação reside um objectivo de continuidade, um investimento consistente financeiro e tecnológico, por parte dos interessados na qualificação, que produza um correlativo investimento de confiança por parte das entidades adjudicantes que operam os sistemas. Só assim, com base num investimento qualificado, permanente e bilateral, no respeito das regras básicas de confiança e de boa fé, é que a figura dos Sistemas de Qualificação oferece a segurança específica que permite durabilidade e a economia de esforço económico, evitando os inconvenientes de processos de qualificação individualizados por concursos limitados por prévia qualificação e procedimentos de negociação (<sup>18</sup>).

---

<sup>17</sup>) Sobre o princípio da precaução, nas respectivas vertentes moderada e maximalista, CARLA AMADO GOMES, in *Textos Dispersos do Direito do Ambiente*, AAFSL, 2005, p. 1, *A prevenção à Prova no Direito do Ambiente*, 2000, p.22, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção Ambiental*, Coimbra, 2007, ANA GOUVEIA E FREITAS MARTINS, *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*, AAFDL, 2002, TIAGO ANTUNES, *Ambiente entre o Direito e a Técnica*, AAFDL, 2003, MARIA ALEXANDRA DE SOUSA ARAGÃO, *O Princípio do Nível Elevado de Protecção e a Renovação Ecológica do Direito do Ambiente e dos Resíduos*, Almedina, 2006.

<sup>18</sup>) O papel fundamental do instituto da boa fé na fase de formação dos contratos é justamente salientado por MARIA JOÃO ESTORNINHO, *ob. cit.*, p. 359, “um procedimento administrativo de formação de um contratos público, sendo regulado pelo Direito Administrativo, é um procedimento especial, cujas características, de procedimento administrativo e de relação pré-contratual, ditam necessariamente a existência de particularidades relativamente a um procedimento comum. Tal procedimento de formação de contrato público reveste-se de natureza complexa, implica relações de confiança entre a entidade adjudicante e os possíveis adjudicatários e não pode nunca ser encarado como uma mera sucessão de formalidades. Especialmente importante é, no que toca a estes procedimentos, o princípio da boa fé, o qual impõe especiais deveres de protecção e de lealdade.”

Neste contexto, como é óbvio, as peças concursais, com muito particular destaque para as especificações e condições técnicas, resultam de um processo longo, interactivo e dinâmico, de troca de informação entre interessados na qualificação/entidades qualificadas e entidades responsáveis pelos Sistemas de Qualificação/entidades adjudicantes, cujos limites temporais e materiais não é de resto possível fixar com rigor e cujos pólos são multilaterais <sup>(19)</sup>, <sup>(20)</sup>. As especificações técnicas, na ausência de legislação aplicável, acabam por resultar de um acumular e depurar de experiência comum a um conjunto de entidades envolvidas nos Sistemas de Qualificação, em que com frequência todos os interessados são ouvidos, individualmente ou em conferência, registando-se a intervenção de instituições universitárias, laboratórios e institutos diversos. No caso de tecnologia inovadora, a referida interacção atinge o seu ponto máximo de dinamismo.

É do mais elementar bom senso que as entidades adjudicantes assim procedam, especialmente quando o anúncio de um sistema de qualificação constitui um meio de abertura de um concurso (cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º e n.º 2 do artigo 51.º da

---

<sup>19</sup>) Não estamos assim muito longe de uma figura algo semelhante à designada “conferência procedimental”, que pressupõe a colaboração dos vários interessados titulares de direitos e competências diversos, em actuação dinâmica informal ou “actuação não regulada pelo direito” destinada a “esclarecer as questões técnicas, económicas ou jurídicas implicadas”, MARTA PORTOCARRERO, *Modelos de Simplificação Administrativa*, Publicações Universidade Católica, 2002, p.67. A própria autora alerta que esta forma de contacto e negociação “comporta riscos inevitáveis para a posição de terceiros eventualmente interessados no conteúdo da decisão final”, mas sublinha, no entanto, que a conferência procedimental corresponde a um aumento de controlos internos da administração, “ao introduzir uma maior flexibilização no procedimento e certa informalidade (por força até da oralidade) – algumas das vantagens das actuações informais (celeridade, flexibilidade, redução de conflitualidade); mas, por outro lado, determinando a lei os seus limites e efeitos (sobretudo pela redução a escrito das suas conclusões), a conferência gera uma maior segurança jurídica. Além disso, a presença de todas as autoridades administrativas torna mais transparente a acção administrativa”. Cremos que vários dos problemas enunciados, derivados em certa medida da existência de relações jurídicas informais multilaterais, designadamente a aplicação do princípio da igualdade na solicitação de informação e participação em diligências diversas, do princípio da concorrência evitando a constituição de posições de vantagem por parte de alguns interessados na qualificação, a protecção da confidencialidade de informação comercial ou industrialmente sensível, a responsabilização por condutas deliberadamente danosas ou violadoras da boa fé por parte dos operadores económicos intervenientes, são característicos dos Sistemas de Qualificação.

<sup>20</sup>) Conforme salienta RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, “contrariamente à generalidade dos princípios aplicáveis aos procedimentos adjudicatórios de direito público, cuja aptidão regulatória preferencial se centra na relação entre entidade adjudicante e concorrentes ou candidatos (assumindo muitas vezes uma feição poligonal), o princípio da concorrência, sem prejuízo, claro, dessa aptidão (natural ou comum aos princípios de direito administrativo), tem também importantes projecções na relação horizontal entre os concorrentes ou os candidatos, impondo-lhes ou proibindo-lhes, entre si, certos comportamentos”.

Directiva n.º 2004/17/CE e n.º 4 do artigo 250.º do CCP). Com efeito, a elaboração de cadernos de encargos que contenham especificações “neutras”, ou tecnologicamente perfeitas mas totalmente desfasadas da realidade industrial e científica possuem um alto preço, normalmente a exclusão de todos os candidatos por não cumprimento dos parâmetros estipulados no concurso, implicando a decisão de não adjudicação e dificuldades por vezes insuperáveis de recorrer ao ajuste directo para economizar o tempo inutilmente dispendido e procurar reduzir impactos financeiros (cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 79.º e n.º 1 do artigo 24.º do CCP).

O problema reside, na verdade, nos termos de redacção da alínea j) do artigo 55.º do CCP, os quais são tão indefinidos e abrangentes que, pelos motivos já expressos, inviabilizariam a realização de concursos com base em Sistemas de Qualificação, se porventura o intérprete caísse no logro de efectuar uma interpretação literal do preceito <sup>(21)</sup>. Com efeito, trata-se da consagração de um impedimento, absoluto e automático, que limita e exclui a participação em processos concursais de qualquer entidade que tenha prestado, a qualquer título, directa ou indirectamente, “assessoria ou apoio técnico” na preparação e elaboração das peças do procedimento. Tanto quanto vislumbramos, o único elemento interpretativo objectivo e apreensível, de todo este arrazoado, consiste na referência às peças do procedimento, objecto de definição legal inequívoca no artigo 40.º do CCP. Mas, infelizmente, este efeito limitador do âmbito de aplicação do preceito, de natureza objectiva, acaba por resultar anulado face à evanescência do “elemento de conexão”, que pode, no limite, traduzir-se num mero “apoio técnico” prestado de forma indirecta (susceptível de se confundir com o mero cumprimento de deveres de informação no âmbito da execução de um contrato).

---

<sup>21</sup>) Conforme sublinha MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O artigo...*, ob. cit, p.129, os termos de redacção do preceito contribuem para gerar grande incerteza por parte de agentes económicos, constituindo-a como um “factor de insegurança”. Embora se pretenda que a aplicação de uma norma que estipula limites absolutos à participação em concursos e afecta a concorrência, bem como o direito de iniciativa privada constitua um acto vinculado, o certo é que a norma em causa confere poderes vastíssimos à administração. Com efeito, haverá que distinguir entre “elaboração” e “preparação” das peças processuais, prestação de “assessoria técnica” ou mero “apoio técnico” e delimitar os termos em que tal se pode processar de forma directa ou indirecta. No entanto o essencial, averiguar se perante as circunstâncias do caso concreto se verificou ou não uma posição de vantagem por parte de uma entidade que deva impedir a respectiva participação num concurso, é questão que a legislação ignora, configurando a norma em causa como uma norma de perigo abstracto e não de resultado, configurando uma presunção inilidível de violação dos princípios da concorrência, da igualdade e da imparcialidade, não susceptível de ser desmentida pelas circunstâncias do caso concreto.

Que não restem dúvidas: a ser interpretada literalmente, esta norma “revoga”, em termos práticos, o instrumento procedimental especial dos Sistemas de Qualificação, os quais poderiam ser definidos como uma “conferência contínua e multilateral de interessados”, incluindo não só as entidades qualificadas, as entidades que operam os Sistemas de Qualificação como também terceiras entidades independentes. Por definição, qualquer entidade que fosse qualificada no âmbito de um Sistema de Qualificação estaria impedida de participar em concursos promovidos com base naquele, o que resultaria num verdadeiro contra-senso jurídico.

Considerando o efeito impediante absoluto da norma em questão, configurada como uma norma de perigo e não de resultado, não carecendo de elementos de prova factuais destinados a legitimar um juízo de possível violação dos princípios da concorrência, não prevendo qualquer elisão da presunção de violação do princípio da imparcialidade, não admitindo qualquer contraditório (ao arrepio do estipulado pela jurisprudência comunitária) não vemos nenhum processo de “salvar” a alínea j) do artigo 55.º do CCP. É manifesto, salvo melhor opinião, que a mesma ataca, no seu radicalismo fundamentalista, o “conteúdo essencial” do direito de iniciativa privada, e de forma claramente desproporcionada. Muito embora o Tribunal Constitucional efectue uma leitura restritiva do direito de iniciativa privada, pelo menos enquanto possuidor de “natureza análoga” aos restantes direitos, liberdades e garantias <sup>(22)</sup>, o facto é que em se tratando da consagração legislativa de impedimentos absolutos de efeito automático proibitivos da participação em processos concursais, o direito de iniciativa privada assume uma relevância análoga à de qualquer direito, liberdade ou garantia.

Por via da eficácia imediata dos preceitos relativos a direitos liberdades e garantias, conforme dispõe o artigo 18.º da CRP, vinculativa de entidades públicas e privadas, nada resta senão concluir pela inconstitucionalidade da norma. Temos consciência de que tal

<sup>22</sup>) Pelo contrário, a doutrina não hesita em qualificar o direito de iniciativa privada como “um direito fundamental (e não apenas como um princípio objectivo da organização económica), embora sem a incluir directamente entre os direitos, liberdades e garantias (beneficiando, porém, da analogia substantiva com eles, enquanto direito determinável e de exequibilidade imediata). Este entendimento constitucional do direito de iniciativa privada está em consonância com o estatuto da da empresa e do sector privados no âmbito da constituição económica”, J.J.GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 1.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p.789.

juízo, só por si, poderá ser insuficiente para legitimar actos desaplicadores desta norma por parte de entidades adjudicantes, em particular aquelas que integrem a administração em sentido clássico (23). Numa óptica mais pragmática, a interpretação “conforme” à constituição e à jurisprudência comunitária, conforme propõe alguma doutrina, constituirá eventualmente uma hipótese interpretativa mais maleável. No limite, admite-se que só a ponderação casuística de cada situação permitirá concluir se por via da intervenção mais ou menos formal, directa ou indirecta de uma determinada entidade no processo de elaboração de peças concursais permitirá aferir se daí resultou uma concreta posição de vantagem que implique a respectiva exclusão do concurso em questão.

## **2. A remissão genérica para concursos tipificados durante a segunda fase dos concursos promovidos com base em Sistemas de Qualificação**

Concluída a fase de qualificação, resulta da interpretação conjugada do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 250.º do CCP, que aos interessados seleccionados de acordo com as regras fixadas nos Sistemas de Qualificação é enviado o programa do procedimento, contendo as regras do concurso limitado por prévia qualificação ou do procedimento de negociação, aplicáveis a partir da fase da apresentação de propostas.

---

<sup>23</sup>( ) O vício de inconstitucionalidade de uma norma, resultante de uma antinomia entre esta e a CRP implica a interpretação abrogante da mesma e, potencialmente, a sua não aplicação. Resta saber se a administração tem competência para efectuar este julgamento de “não aplicação”, discussão que dada a respectiva complexidade não iremos abordar, excepto para referir que a maioria da doutrina recusa “a existência de um poder genérico de os órgãos administrativos desaplicarem quaisquer normas que considerem inconstitucionais, sem prejuízo de reconhecerem, em diferentes níveis, todavia, um poder de recusarem a aplicação de certas normas com fundamento na sua desconformidade com determinados preceitos da Constituição”, PAULO OTERO, ob. cit. p.668. Naturalmente, sempre que estiver em causa um vício de inconstitucionalidade que afecte o mínimo útil de um direito, liberdade ou garantia, de forma desproporcionada, parece resultar do artigo 18.º da CRP uma competência desaplicadora imediata, por parte da Administração e dos particulares.

Naturalmente, a primeira questão que se coloca é quais são, efectivamente, os interessados qualificados? Estão também abrangidos os interessados cuja qualificação tenha resultado de deferimento tácito, por via do silêncio das entidades operadoras dos Sistemas de Qualificação decorrido o prazo de 6 meses a contar da formulação do pedido de qualificação, tal como estipula o n.º 1 do artigo 249.º do CCP?

O presente trabalho não é, de todo, o local adequado a abordar a velha questão do deferimento tácito, tanto mais que por carência de espaço não seria possível equacionar convenientemente os vários ângulos e vertentes do problema. Todavia, ocorre indagar se a consagração desta ficção jurídica é compatível com os princípios genéricos da contratação pública, designadamente o princípio da concorrência, da igualdade, da comparabilidade de candidaturas/pedidos de qualificação, etc., o que, salvo melhor opinião, entendemos merecer resposta negativa. A mera decorrência de um prazo não constitui pressuposto adequado para de imediato ser atribuída uma posição jurídica activa com significado económico e concorrencial a um particular, designadamente o direito de participar num concurso, se o interessado não cumprir os requisitos de capacidade técnica e financeira exigidos pelo programa do Sistema de Qualificação. Imagine-se o potencial de comportamentos e práticas concertadas violadoras da concorrência que assim seria desencadeado, caso fosse suficiente o silêncio da entidade operadora de um Sistema de Qualificação para equiparar interessados na qualificação, independentemente de uns cumprirem os requisitos e os outros não.

Finalmente, há que reconhecer que o CCP volta a ser notavelmente lacunar, ao referir vagamente os critérios de “selecção” dos interessados qualificados aos quais será enviado o programa de procedimento e que receberão convite para a formulação de propostas. Parece resultar da lei que nem todos os interessados qualificados são necessariamente consultados para efeitos de apresentação de propostas, o que coloca a questão do controle dos critérios utilizados pela entidade adjudicante para determinar esse universo. Salvo melhor opinião, apenas se vislumbra como regras analogicamente aplicáveis, as constantes do concurso limitado por prévia qualificação, quando o modelo de

qualificação seja complexo e assente num sistema de selecção destinado a averiguar a “maior capacidade técnica e financeira” (cfr. n.º 1 do artigo 181.º do CCP). Tal implica, conforme estipula o n.º 2 da mesma norma, a utilização de um modelo de avaliação de candidaturas (pedidos de qualificação no caso dos Sistemas de Qualificação), ao qual é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 139.º do CCP. Ou seja, o modelo de avaliação terá de conter todos os factores e subfactores de adjudicação (características objectivas das candidaturas/pedidos de qualificação), os respectivos coeficientes, bem como as escalas de pontuação através de expressão matemática ou de conjunto ordenado de diferentes atributos/características. Será também aplicável a regra de proibição de avaliação das candidaturas/pedidos de qualificação segundo as respectivas características comparadas entre si (cfr. n.º 4 do artigo 139.º) pelo que, qualquer interessado na qualificação saberá, *ab initio*, qual a pontuação que o seu pedido de qualificação receberá, desconhecendo apenas a posição concorrencial dos restantes interessados.

O facto de o CCP ser lacunar, no que respeita à definição e densificação do que entende constituírem critérios de selecção de interessados qualificados no âmbito de Sistemas de Qualificação, poderá conduzir, quanto a nós, às piores consequências em sede de potenciais fraudes à lei, num domínio onde parece avultar, novamente, uma margem de decisão quase-livre ou discricionária, por parte da entidade adjudicante, em termos, a nosso ver, excessivos.

### **2.1. A inaceitável paridade entre o ajuste directo e o procedimento de negociação?**

Conforme já referido, o n.º 3 do artigo 250.º, à semelhança do n.º 1 do artigo 245.º, ambos do CCP, equiparam o concurso limitado por prévia qualificação e o procedimento de negociação, como tipos procedimentais a utilizar na realização de concursos com base em Sistemas de Qualificação. Trata-se da simples transposição da Directiva 2004/17/CE, e decorre do princípio genérico de equiparação dos referidos tipos concursais, quando

estão em causa concursos promovidos por entidades adjudicantes dos sectores especiais, consagrado previamente no n.º 1 do artigo 33.º do CCP.

O que merece censura, quanto a nós, são os termos, em parte da responsabilidade do legislador nacional, de quase-paridade entre o ajuste directo e o procedimento por negociação. Conforme sublinha a doutrina, há uma evidente similitude entre o regime de ambos os tipos concursais, em parte derivada da arquitectura, extremamente complexa e equívoca, de remissões legais para o ajuste directo em sede do procedimento de negociação (cfr. artigos 199.º a 202.º do CCP).

Não se vislumbram motivos para essa equiparação, levada tão longe pela disciplina do CCP, quando se pondera que o ajuste directo é justamente o tipo concursal caracterizado pela maior flexibilidade de conduta das entidades adjudicantes (não é sequer necessário que o programa do procedimento contenha um modelo de avaliação de propostas, é suficiente indicar o critério de adjudicação e eventuais factores que o densificam, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 115.º). Acresce ser o ajuste directo um recurso relativamente raro, quando determinada a opção por este tipo de procedimento em função de critérios materiais (cfr. artigo 24.º), e a sua utilização estar limitada a contratos de valor inferior a 150.000 euros no caso de contratos de empreitada (cfr. alínea a) do artigo 19.º) e a contratos de valor inferior a 75.000 euros, no caso de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e serviços (cfr. alínea a) do artigo 20.º). Considerando a excepcionalidade dos casos em que o ajuste directo é elegível segundo critérios materiais, bem como os valores envolvidos, compreende-se que o regime procedimental do ajuste directo não prime pelo rigor da transparência, designadamente no que respeita à fase das negociações. De novo o legislador recorre a uma normatividade aberta e autorizadora de discricionariedade, designadamente quando refere que os concorrentes devem ter idênticas oportunidades de propor, de aceitar e de contrapor modificações das respectivas propostas durante as sessões das negociações, sendo que esta discricionariedade não é sequer amparada por um substracto documental adequado. De facto, o n.º 3 do artigo 120.º refere que deve ser elaborada uma acta de cada sessão de negociação, mas não indica rigorosamente nada no que toca ao respectivo conteúdo, limitando-se a referir, como único aspecto expressamente vinculado, que deve ser efectuada menção da recusa

dos concorrentes assinarem o documento. Trata-se de uma norma em branco, quando não um verdadeiro “cheque em branco” emitido a favor das entidades adjudicantes, sendo que a experiência demonstra, até à saciedade, a extraordinária circunspeção das actas usualmente elaboradas nesta sede, algumas das quais por vezes não ultrapassam mais do que dois parágrafos (um para identificar o concurso, entidade adjudicante e concorrente, outro para identificar o dia em que a negociação decorreu e o novo preço proposto pelo concorrente, se este for, conforme é habitual, um dos atributos sujeitos à negociação).

Se um regime caracterizado por estas ambiguidades pode não ser desadequado ao ajuste directo, é, pelo contrário, fortemente pouco recomendável quando está em causa um procedimento de negociação com base em Sistema de Qualificação, conduzido por uma entidade adjudicante dos sectores especiais. Recorde-se que neste caso, estamos perante contratos cujo valor será tendencialmente igual ou superior aos limiares fixados no Regulamento n.º 1177/2009, de 30 de Novembro, da Comissão Europeia, e que se reconduzem a 4.845.000 euros, no caso de empreitadas de obras públicas, e a 412.000 euros, para os contratos de locação, de aquisição de bens móveis e de serviços.

Preferível a uma técnica puramente remissiva, teria sido a fixação de um conjunto de normas preceptivas e claras, de natureza procedimental, que densificassem minimamente o regime do procedimento de negociação, e assim concretizassem a “igualdade de oportunidades” no decurso da negociação, enviesadamente referida pelo n.º 4 do artigo 120.º do CCP.

### **3. A exclusão de todos os interessados na qualificação e a decisão de recurso ao ajuste directo, “de cila a caríbdis”?**

Conforme já referimos antes, o CCP algo maliciosamente, por via do impedimento consagrado na alínea j) do artigo 55.º, parece encorajar as entidades adjudicantes a cometerem o erro de elaborar cadernos de encargos, designadamente especificações técnicas, num silêncio digno de uma “torre de marfim”, estrategicamente surdas à

realidade industrial, comercial e mesmo científica, vigente. A admitir que tal suceda, e particularmente no domínio dos Sistemas de Qualificação, a experiência demonstra, de forma por vezes pungente, que a consequência inevitável é nenhum dos interessados na qualificação estar em condições de objectivamente cumprir as especificações técnicas, por vezes, por razões que podem ser de pormenor ou que não possuem uma relevância tal para a entidade adjudicante que esta não abdicasse destas exigências, caso soubesse, atempadamente, que o “preço” das mesmas seria a decisão de não adjudicação. Tomamos aqui como lugar paralelo, os casos da alínea b) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP, aplicáveis aos Sistemas de Qualificação em resultado de uma interpretação conforme à Directiva 2004/17/CE. Assim, na hipótese de um concurso ser iniciado por via da publicação de um anúncio de um Sistema de Qualificação, e de nenhum dos interessados cumprir a especificação técnica, entendemos que para todos os efeitos o concurso se encontra deserto, pelo que haverá lugar à não adjudicação, a qual, à semelhança da decisão de adjudicação, constitui um acto autovinculado <sup>(24)</sup>.

Pergunta-se, nestes casos que poderá a entidade adjudicante fazer? A verificação de especificações técnicas impossíveis de cumprir pela generalidade dos interessados implicaria, segundo uma regra de simples bom senso, a existência de um erro grave de cálculo, de apreciação ou ponderação, uma deficiência de juízo crítico que recomendaria uma rápida análise do mercado, reformulação das especificações e o recurso ao ajuste directo, por uma economia de meios. Sucede que a proibição da prestação de apoio técnico ou assessoria técnica, seja a que título for, directa ou indirectamente, implicaria, na hipótese de ser realizada a referida leitura literal da alínea j) do artigo 55.º, o impedimento de qualquer interessado ou interessados assim consultados de participarem no concurso. Em termos abstractos, na hipótese configurada, a entidade adjudicante só pode adoptar uma de três opções: i) desistir de contratar; ii) publicar um novo anúncio e dar início a um novo procedimento de concurso; iii) recorrer ao ajuste directo, se e na medida que o artigo 24.º o permita. Naturalmente, a opção mais célere, menos onerosa e que traduz de forma mais eficaz o cumprimento do interesse público seria recorrer ao ajuste directo e evitar mais atrasos e despesas no procedimento de contratação, Sucede

---

<sup>24</sup>O BERNARDO AZEVEDO, *A Adjudicação e Celebração do Contrato no Código dos Contratos Públicos*, Estudos de Contratação Pública – II, Coimbra, 2008, p. 223 e s.

que tal opção de “último recurso” acaba por resultar inviabilizada, pois que as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP proíbem o ajuste directo se o mesmo implicar “alterações substanciais” dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira ou do caderno de encargos. Ponderando as normas referidas, em articulação com o n.º 8 do artigo 24.º resulta manifesto que a interpretação proposta por Miguel Nogueira de Brito <sup>(25)</sup> é a mais correcta, a substancialidade das alterações afere-se justamente pelo resultado obtido, se este se traduz em anular o efeito excludente de candidaturas ou propostas (ou pedidos de qualificação), a natureza significativa das alterações está demonstrada. No caso das especificações técnicas de elevada complexidade, características dos Sistemas de Qualificação, a experiência tem demonstrado, de forma eloquente, que por vezes é suficiente uma alteração relativamente pouco relevante, relativa a certificações detidas, período de vida útil dos equipamentos, resultados a obter em ensaios de teste, para obstar ao mencionado efeito excludente. Sucede que nestes casos, por pequena que seja a alteração, as consequências são suficientes para que a mesma se repete “substancial”. Não pode deixar de se concordar, do ponto de vista de política legislativa, com a interpretação de Jorge Andrade da Silva <sup>(26)</sup> no que se refere ao termo “substancial”, constante das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP, “o que a disposição legal proíbe são as alterações demasiado importantes, isto é, as que alterem o conteúdo obrigacional que resulte do caderno de encargos que foi patenteado”. A adoptar esta interpretação, seguramente que alterações pontuais e de pormenor de especificações técnicas de Sistemas de Qualificação não prejudicariam o recurso ao ajuste directo, em concursos promovidos com base neste instrumento procedimental, no entanto, dado o teor, bastante explícito, do número 8 do artigo 24.º do CCP, considera-se, salvo melhor opinião, que o mesmo não consente esta latitude interpretativa. Por muito que se louve o esforço interpretativo do autor referido, o número 8 do artigo 24.º é, eloquente, e deve ser interpretado e termos funcionais

De onde resulta que o CCP “encoraja” a elaboração e preparação de especificações técnicas irrealistas, neutralizando subsequentemente as hipóteses de a entidade adjudicante “emendar a mão”, recorrendo ao ajuste directo. Não há que negar a

---

<sup>25</sup>() *Ajuste Directo*, Estudos de Contratação Pública – II, Coimbra, 2010, p. 298.º e ss.

<sup>26</sup>() Ob. cit, p. 119-120.

perversidade de regime que assim seria consagrado, caso a leitura da alínea j) do artigo 55.º fosse efectuada nos termos literais que já referimos.

### **III - CONCLUSÕES**

- a) O regime dos Sistemas de Qualificação constitui um paradoxo no domínio do CCP, na medida em que a indefinição do regime, utilização de normas principialistas e consagração de um espaço de quase “livre-decisão” por parte das entidades adjudicantes contraria a lógica estrutural e as opções legislativas substantivas consagradas no diploma.
- b) Assim, o regimel dos Sistemas de Qualificação constitui um exemplo flagrante de falta de densidade das normas empregues, recurso indevido a princípios

- administrativos que pressupõem a existência de regras preceptivas a fim de poderem exercer uma acção integrativa, de lacunas dificilmente explicáveis, exigindo o recurso permanente à analogia, e, por último, de transposição deficiente da Directiva n.º 2004/17/CE, determinando, para se aplicar este instrumento procedimental especial, uma leitura das disposições constantes dos artigos 25.º a 250.º do CCP “em conformidade” à Directiva.
- c) As questões de constitucionalidade colocadas pela norma constante da alínea j) do artigo 55.º do CCP assumem uma gravidade substancial particular em sede de Sistemas de Qualificação, uma vez que neste domínio as entidades adjudicantes recorrem permanentemente ao “diálogo técnico” a que alude o considerando número 15 da Directiva 2004/17/CE, enquanto processo expedito, não institucionalizado, informal, quotidiano, de processamento multilateral de informação actualizada. Neste contexto, as peças do procedimento, com particular destaque para as especificações e condições técnicas, resultam de um processo longo, interactivo e dinâmico, de troca de informação, muitas vezes em conferência de interessados na qualificação/entidades qualificadas, entidades responsáveis pelos Sistemas de Qualificação/entidades adjudicantes, instituições universitárias, laboratórios e institutos diversos.
- d) Considerando o efeito impediante absoluto da norma em questão, configurada como uma norma de perigo e não de resultado, não carecendo de elementos de prova factuais destinados a legitimar um juízo de possível violação dos princípios da concorrência, não prevendo qualquer elisão da presunção de violação do princípio da imparcialidade, não admitindo qualquer contraditório (ao arrepio do estipulado pela jurisprudência comunitária), é manifesto, salvo melhor opinião, que a alínea j) do artigo 55.º do CCP ataca, no seu radicalismo fundamentalista, o “conteúdo essencial” do direito de iniciativa privada, e de forma claramente desproporcionada.
- e) A consagração do deferimento tácito em sede de Sistemas de Qualificação, em caso de silêncio das entidades responsáveis, decorrido o prazo de 6 meses a contar

- da apresentação do pedido formulado pelos interessados (cfr. n.º 1 do artigo 29.º do CCP), não é compatível com os princípios genéricos da contratação pública, designadamente o princípio da concorrência, da igualdade e da comparabilidade de candidaturas/pedidos de qualificação.
- f) Em sede de Sistemas de Qualificação o CCP volta a ser notavelmente lacunar, ao referir vagamente os critérios de “selecção” dos interessados qualificados aos quais será enviado o programa de procedimento e que receberão convite para a formulação de propostas (cfr. n.º 1 e do n.º 3 do artigo 250.º do CCP). Salvo melhor opinião, apenas se vislumbra como regras analogicamente aplicáveis, as constantes do concurso limitado por prévia qualificação, quando o modelo de qualificação seja complexo e assente num sistema de selecção destinado a averiguar a “maior capacidade técnica e financeira” (cfr. n.º 1 do artigo 181.º do CCP).
- g) A paridade de regimes entre o ajuste directo e o procedimento de negociação assume uma feição preocupante em sede de Sistemas de Qualificação (por via da utilização incondicionada daquele procedimento pelas entidades adjudicantes dos sectores especiais, em termos equiparados ao concurso limitado por prévia qualificação). Considerando a excepcionalidade dos casos em que o ajuste directo é elegível segundo critérios materiais, os valores envolvidos, bem como a consagração de uma normatividade aberta e autorizadora de discricionariedade, designadamente em sede de igualdade de oportunidades dos concorrentes para propor, aceitar e contrapor modificações das respectivas propostas durante as sessões das negociações, latitude decisória que não é sequer amparada por um substracto documental adequado (a lei é omissa quanto ao conteúdo das actas das sessões de negociação, à excepção de uma parca referência constante do n.º 3 do artigo 120.º), entendemos que deveria ter sido consagrado um regime específico para o procedimento por negociação, em lugar da utilização de uma arquitectura complexa e equívoca de sucessivas remissões para o regime do ajuste directo.

### **ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO**

ANDRADE, Jorge da Silva - *Código dos Contratos Públicos*, 2.º edição, Almedina, 2009.

ANTUNES, Tiago - *Ambiente entre o Direito e a Técnica*, AAFDL, 2003

- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa - *O Princípio do Nível Elevado de Protecção e a Renovação Ecológica do Direito do Ambiente e dos Resíduos*, Almedina, 2006.
- AZEVEDO, Bernardo - *A Adjudicação e Celebração do Contrato no Código dos Contratos Públicos*, Estudos de Contratação Pública – II, Coimbra, 2008.
- CABRAL, Margarida Olazabal - *O artigo 55.º, alínea j) do Código dos Contratos Públicos, Mais Vale Ser do que Parecer*, Revista de Contratos Públicos, CEDIPRE, N.º 1, 2011.
- CABRAL, Margarida Olazabal - *O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos*, Estudos de Contratação Pública – I, CEDIPRE, Coimbra, 2008.
- CATELA, Miguel - *Contratação Pública nos Sectores da Água, Energia, Transportes e Telecomunicações*, Fórum Mercados, 2002.
- ESTORNINHO, Maria João - *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Almedina, 2006.
- GOMES, Carla Amado - *Textos Dispersos do Direito do Ambiente*, AAFDL, 2005.
- GOMES, Carla Amado - *A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente*, 2000.
- GOMES, Carla Amado - *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção Ambiental*, Coimbra, 2007.
- GOMES CANOTILHO, José/Vital Moreira - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 1.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.
- KIRKBY, Mark - *A Contratação Pública nos Sectores Especiais*, Estudos de Contratação Pública – II, CEDIPRE, Coimbra, 2010.
- MARTINS, Ana Gouveia e Freitas - *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*, AAFDL, 2002.
- MEDEIROS, Rui - *Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 69, 2008.
- NOGUEIRA DE BRITO, Miguel - *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurrais*.
- NOGUEIRA DE BRITO, Miguel - *Ajuste Directo*, Estudos de Contratação Pública – II, Coimbra, 2010.
- OLIVEIRA, Rodrigo Esteves - *Os Princípios Gerais da Contratação Pública – I*, Coimbra, 2008.
- OTERO, Paulo - *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003.

PORTOCARRERO, Marta - *Modelos de Simplificação Administrativa*, Publicações Universidade Católica, 2002.

RAIMUNDO, Miguel Assis - *Estudos sobre Contratos Públicos*, AFDL, 2010.

VIANA, Cláudia - *A Qualificação dos Operadores Económicos nos Procedimentos de Contratação Pública*, Estudos de Contratação Pública – II, CEDIPRE, Coimbra, 2010.