



BEBIANA LOPES DE PINHO

Novas causas de exclusão de propostas consagradas nas Directivas da União Europeia da Contratação Pública e a relação com os ilícitos jus-concorrenciais

Dissertação com vista à obtenção do
Grau de Mestre em Direito e Gestão

Orientadora:

Doutora Cláudia Trabuco, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de
Lisboa

Junho de 2017

Bebiana Lopes de Pinho

**Novas causas de exclusão de propostas consagradas nas
Directivas da União Europeia da Contratação Pública e a
relação com os ilícitos jus-concorrenciais**

Dissertação de
Mestrado com vista à
obtenção do Grau de
Mestre em Direito e
Gestão

Faculdade de Direito
da Universidade Nova
de Lisboa

Orientadora: Doutora
Cláudia Trabuco,
Professora da
Faculdade de Direito
da Universidade Nova
de Lisboa

**Lisboa,
Junho de 2017**

Declaração Anti-Plágio:

Eu, Bebiana Lopes de Pinho, declaro que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada, de acordo com o art.º 20.º - A do Regulamento do 2.º Ciclo e art.º 8.º do Regulamento do 3.º Ciclo.

*À minha família e amigos,
porque
são os grandes
pilares da minha vida.*

Sabedoria do Mundo

Não fiques em terreno plano.

Não subas muito alto.

O mais belo olhar sobre o mundo

Está a meia encosta.

Friedrich Nietzsche, in "A Gaia Ciência"

Agradecimentos

A realização desta tese só foi possível com o incentivo das pessoas que fazem parte da minha vida. A todos eles a minha eterna gratidão.

À professora Cláudia Trabuco, docente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pela sua orientação, disponibilidade, críticas, sugestões e colaboração no solucionar de dúvidas que me foram surgindo ao longo da realização desta dissertação.

Ao professor João Pacheco de Amorim, por toda a disponibilidade demonstrada, prontidão na resolução das questões que me foram surgindo, por me receber com total disponibilidade e me orientar na realização desta dissertação.

À Dr.^a Noémia Correia Pires por todos os ensinamentos, compreensão, dedicação e amizade. Pela sua inteira disponibilidade em esclarecer quaisquer dúvidas jurídicas que me foram surgindo e pelo seu notável altruísmo em partilhar comigo todo o seu know-how.

Aos meus amigos pelo incentivo que e foram dando, amizade e pelo companheirismo durante esta fase.

Em especial, não posso deixar de agradecer à minha querida amiga Daniela Rente, pela sua sempre disponibilidade em me ajudar.

Ao João, um agradecimento especial, pelo apoio e pelo carinho diários, pelas palavras certas nos momentos necessários, pelo encorajamento e pela paciência que foi tendo. O meu eterno agradecimento.

Por último, um outro agradecimento especial à minha família, por serem quem são, pilares basilares da minha vida, e por estarem presentes em todos os momentos, os bons e os menos bons. Tenho a absoluta consciência de que sem o seu apoio incondicional, a realização desta dissertação não seria possível.

A todas estas pessoas o meu sentido e profundo agradecimento, às quais dedico este trabalho.

Abreviaturas

UE – União Europeia

CEE – Comunidade Económica Europeia

CCP - Código dos Contratos Públicos

CPA - Código do Procedimento Administrativo

CRP - Constituição da República Portuguesa

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TCE - Tratado da Comunidade Europeia

LDC - Lei da Concorrência, n.º 19/2012, de 8 de maio

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

DR – Diário da República

Art.º - Artigo

ss. – seguintes

pp. – página(s)

Ac. – Acórdão

Cfr. – Confronte-se

Proc.º - Processo

Directiva 2004/17/CE – Directiva 2004/17/CE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais

Directiva 2004/18/CE – Directiva 2004/18/CE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços

Directiva 2014/23/UE – Directiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão

Directiva 2014/24/UE – Directiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos (que revoga a Directiva 2004/18/CE)

Directiva 2014/25/UE – Directiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (que revoga a Directiva 2004/17/CE).

Declaração

Eu, Bebiana Lopes de Pinho, declaro que o corpo desta dissertação de mestrado ocupa um total de 184.107 caracteres, incluindo espaços e notas.

Resumo

Na presente dissertação abordamos o tema dos ilícitos concorrenciais no âmbito da contratação pública, porque além de ser um tema que reveste uma importância elevada no âmbito da construção do mercado comum europeu, coloca-se com especial acuidade no âmbito da contratação pública.

Partimos, assim, do caso concreto do concurso público com vista à requalificação da Segunda Circular entre o Nó da Buraca e o Aeroporto, em que são levantadas questões especialmente melindrosas no que toca quer à contratação pública, quer à concorrência, nomeadamente sobre a possibilidade de existência de uma situação de conflito de interesses, ou até mesmo se estamos perante a violação de princípios basilares em matéria da contratação pública, especificamente da violação do princípio da concorrência.

Seguidamente, procuramos realizar uma breve exposição às relações existentes entre o direito da contratação pública e o direito da concorrência, uma vez que ambos visam o mesmo objectivo no seio da União Europeia, fazendo também uma alusão ao desenvolvimento do direito da concorrência no seio do direito europeu.

Mencionamos as práticas que restringem a concorrência no âmbito da contratação pública, fazendo alusão aos novos motivos de exclusão de propostas que a Directiva 2014/24/UE veio introduzir, procurando relacioná-los com os ilícitos jus-concorrenciais, procurando responder à questão de se determinadas exclusões facultativas o deverão ou não ser, do ponto de vista do Direito Concorrencial.

Por fim analisamos o aditamento ao rol de impedimentos no artigo 55.º e 55.º-A, do CCP português, com vista a responder à questão se o princípio da concorrência está ou não a ser assegurado com vista à construção de um mercado único europeu salutar, do ponto de vista concorrencial.

Abstract

The current dissertation addresses the issue of the unlawful competition in the field of public procurement, since it is a matter of high importance in the context of the European common market construction, and it is also a point of special interest in the field of public procurement.

We thus start from the concrete case of the public tender for the requalification of the Second Circular between the Buraca node and Airport, which raise peculiarly difficult questions concerning both public procurement and competition, in particular about the possibility of a situation of conflict of interest, or even in the event of breach of the basic principles on public procurement, specifically the breach of the principle of competition.

Then, we attempt to give a brief exhibition of the relationship between public procurement law and competition law, since they both have the same objective within the European Union, also making an allusion to the development of competition law within European law.

We mention practices which restrict competition in the field of public procurement, referring to the new grounds for exclusion of proposals introduced by the Directive 2014/24/EU, seeking to relate them to unlawful competition, to find out the question of whether certain exclusions should or should not be optional, from the point of view of the competition law.

Finally, we analyse the supplement to the list of impediments in Article 55 and 55-A of the Portuguese Public Procurement code, in order to answer the question whether or not the principle of competition is being ensured with the aim of building a single European market, from a competitive perspective.

1. Introdução

Todos os anos mais de 250.000 entidades públicas da União Europeia gastam aproximadamente cerca de 14% do PIB na aquisição de produtos e de serviços e na realização de obras, e às empresas que estão registadas em qualquer país da UE assiste-lhe o direito a participar nos processos de adjudicação de contratos públicos de outros países integrantes da UE.

Com o propósito de serem criadas condições equitativas para todas essas empresas europeias, o legislador europeu emitiu actos secundários em que estabelece regras mínimas harmonizadoras, tais como as Directivas relativas à contratação pública. As sucessivas Directivas emitidas pretendem assegurar o cumprimento das normas jus-concorrenciais, em virtude de o direito da concorrência ser fundamental no âmbito da União Europeia, tanto mais que os países integrantes da UE cederam parte da sua soberania para a esfera comunitária, assumindo esta área do direito da UE uma posição de soberania em relação ao direito interno dos Estados-Membros. A concorrência é um fundamento da economia de mercado, razão pela qual à contratação pública é especialmente aplicável, entre nós, o princípio da concorrência, almejando-se uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum.

Na presente dissertação procuramos explicar os motivos pelos quais o cumprimento das normas jus-concorrenciais é essencial para a construção do mercado interno europeu, uma vez que só apenas com a observação das mesmas se poderá alcançar o bem-estar social e um mercado não discriminatório, aberto a todos os interessados.

Numa altura em que importa ao legislador português transpor as novas Directivas da União Europeia de 2014 em matéria de contratação pública para o ordenamento interno, e em que o Código dos Contratos Públicos de 2008, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro, está a ser alvo de revisão, importa-nos reflectir sobre se as aludidas Directivas asseguram o cumprimento de normas jus-concorrenciais, bem como verificar as opções do legislador português na transposição das mesmas.

Para isso, partimos do caso concreto da anulação do concurso público com vista à requalificação da Segunda Circular entre NÓ da Buraca e o Aeroporto, fazendo uma análise aprofundada dos vícios pré-procedimentais que o feriram, que não mais são do que ilícitos concorrenciais, quer por violação do princípio da concorrência e seus corolários, quer pela existência de um conflito de interesses, que diga-se, aliás, ser um novo motivo de exclusão consagrado nas Directivas Europeias.

A metodologia utilizada neste trabalho de investigação baseia-se no estudo do caso concreto já supra mencionado, sendo este uma referência, um exemplo demonstrativo, para assinalarmos a confluência do Direito da Concorrência e do Direito da Contratação Pública, pelo que damos conta das dificuldades de conjugação existentes entre as duas áreas do Direito no caso concreto, ao abrigo da legislação ainda vigente.

2. Análise à anulação do concurso público com vista à adjudicação do contrato de empreitada de obras públicas para requalificação da Segunda Circular entre o Nó da Buraca e o Aeroporto

Em 2 de Setembro de 2016, a Câmara Municipal de Lisboa anulou o concurso público de “Requalificação da 2ª Circular entre o Nó da Buraca e o Aeroporto” – Processo n.º 01/CPI/DGES/ND/2016, que foi lançado por concurso público, com publicidade internacional (nos termos da al. b), do n.º1 do artigo 16º, conjugado com a al. b) do artigo 19º do Código dos Contratos Públicos e de acordo com o Regulamento n.º 2015/2342 da Comissão Europeia, de 15 de dezembro).

No projecto de pavimentação daquela estrada elaborado no âmbito deste concurso público com vista à requalificação da 2.ª Circular entre o Nó da Buraca e o Aeroporto chegou-se à conclusão de que a entidade projectista era a mesma entidade que fabrica/comercializa o componente “RAR”, que deveria ser incorporado na mistura betuminosa a aplicar na “Segunda Circular”.

Perante tal coincidência, Fernando Medina, Presidente da Câmara Municipal de Lisboa, referiu em conferência de imprensa, que, uma vez que não fora possível esclarecer e afastar todas as dúvidas no que concerne a se tal situação viciaria, ou não, todo o concurso público, o concurso público seria anulado, na defesa do interesse público.¹

Perante tal constatação, importa-nos agora ter em consideração uma imensidão de questões jurídicas, procurando responder a cada uma delas, nomeadamente se nesta situação assistimos a uma violação dos princípios basilares em matéria da contratação pública, previstos no art.º 1.º, n.º4, do CCP, em especial o princípio da concorrência, e/ou se pode configurar uma situação de conflitos de interesses.

¹ VALENTE, Liliana Borges e Teresa Serafim – Câmara para obras da Segunda Circular para evitar favorecimento, Jornal Público, 2 de Setembro de 2016, Localização web: <https://www.publico.pt>.

2.1. A violação dos princípios basilares em matéria da contratação pública – especial enfoque ao princípio da concorrência

Neste concurso público verificou-se que o projecto de pavimentação foi elaborado pela mesma entidade que o fornece/comercializada (e/ou fabrica), em exclusividade em Portugal, o aditivo “RAR” que integra a mistura betuminosa que seria de aplicar na estrada da “Segunda Circular”, de acordo com o projecto do concurso.

Mais, no caderno de encargos deste concurso público ficou expresso que não existiria possibilidade de substituir este aditivo “RAR” por outro qualquer, não sendo, portanto, admitidas propostas diferentes quanto aos materiais utilizados. Os projectistas do concurso público impunham a utilização desta matéria-prima, pelo que poderá aqui estar em causa a violação dos princípios orientadores em matéria de contratação pública. Senão, vejamos:

O art.º 1.º, n.º4 do CCP prevê os princípios que deverão orientar a contratação pública, estabelecendo que “À contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.”. Estes princípios assumem uma particular importância na regência dos procedimentos pré-contratuais, por serem procedimentos do tipo concursal, terminando ou com a escolha de um concorrente, ou com a escolha de uma proposta, como são os procedimentos patentes no Artigo 16.º do CCP, n.º 1, alínea a) a e). Estes procedimentos a que o art.º 16.º se refere abrangem prestações que estão susceptíveis à concorrência de mercado.

A comparação que deve existir entre as propostas apresentadas e/ou os concorrentes deve ser realizada com base na observância dos princípios da transparência e da igualdade, tal como se infere da norma do artigo supra referido. Também se torna necessária a observação do princípio da concorrência aquando da escolha das propostas ou dos concorrentes, pois só através do seu respeito é que podemos ver assegurado o acesso à formação dos contratos públicos, por parte dos diversos agentes económicos e, garantir que não há distorções à concorrência de mercado. A este propósito convém definir os objectivos do Direito da

Concorrência, como são a criação de um mercado único na UE e o alcance da eficiência.

Para Rodrigo Esteves de Oliveira, perante a inexistência de uma norma em específico e perante uma questão concreta em matéria de contratação pública, poderemos sempre socorrer-nos dos seus princípios gerais. O autor menciona na sua obra “Os princípios gerais da contratação pública”, que “Apesar da regulação mais extensa das leis internas (sobretudo do Código dos Contratos Públicos) e das directivas comunitárias, os princípios jurídicos sempre foram e vão continuar a ser uma fonte de direito fundamental no sistema da contratação pública.”². Significa isto, portanto, que para que a legalidade de um procedimento pré-contratual seja assegurada, as regras, leis e os princípios basilares da contratação pública devem ser cumpridos.

A Directiva Comunitária 2004/18/CE, que originou o CCP de 2008, menciona no seu 2º Considerando que “A adjudicação de contratos celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público deve respeitar os princípios do Tratado, nomeadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, assim como os princípios deles resultantes, tais como os princípios da igualdade de tratamento, da não-discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência”.

Por sua vez a Directiva 2004/17/CE declara no seu 9º Considerando que “A fim de garantir a abertura à concorrência dos contratos públicos adjudicados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, é aconselhável estabelecer disposições que instituem uma coordenação comunitária dos contratos que ultrapassem um certo valor. Essa coordenação é baseada nos corolários dos artigos 14.º, 28.º e 49.º do Tratado CE e do artigo 97.º do Tratado Euratom, ou seja, o princípio da igualdade de tratamento, de que o princípio da não discriminação não é mais do que uma expressão particular, e os princípios do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da

² GONÇALVES, Pedro - Estudos da Contratação Pública- I. In Oliveira, Rodrigo Esteves de – Os princípios Gerais da Contratação Pública. Coimbra Editora. 2008. ISBN 9789723216486. Página 51.

transparência. Tendo em conta a natureza dos sectores afectados por essa coordenação, esta deverá criar um enquadramento para práticas comerciais leais e permitir a maior flexibilidade possível, salvaguardando simultaneamente a aplicação dos referidos princípios.”

Conclui-se que ambas as Directivas da UE a que supra se faz alusão, não referem, de modo expresso, que a concorrência deve ser um princípio orientador fundamental da contratação pública, mas facilmente se constata a preocupação existente nos diversos Considerandos de diplomas europeus a que a concorrência efectiva seja objecto de contratação pública em geral, e que seja igualmente objecto dos procedimentos adjudicatórios, em especial. Assim, impõe-se que deve ser considerada como um verdadeiro princípio fundamental – esta foi, aliás, a opção do legislador português, no já referido art.º 1.º, n.º4, do CCP.

No que à nova Directiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que derroga a Directiva 2004/18/CE diz respeito, o capítulo II contempla as suas regras gerais, referindo o seu art.º 18.º, n.º1 quais os princípios gerais que devem ser aplicados à contratação. Este artigo faz menção à necessidade de que as entidades adjudicantes devam tratar os operadores económicos de modo igualitário, não discriminatório, transparente e proporcionalmente, e que os concursos não podem ser organizados de modo a que a concorrência seja artificialmente reduzida, favorecendo-se ou desfavorecendo-se, de modo indevido, certos operadores económicos. Aliás, esta Directiva começa por informar no seu 1.º Considerando que “A adjudicação de contratos públicos pelas administrações dos Estados-Membros ou por conta destas deve respeitar os princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), designadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Contudo, no que se refere aos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, deverão ser estabelecidas disposições que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública, a fim de garantir que esses princípios produzam efeitos práticos e os contratos públicos sejam abertos à concorrência.”

Já a Directiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE, menciona no seu 2.º Considerando que “Para assegurar a abertura à concorrência dos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, é necessário adotar disposições relativamente à coordenação dos procedimentos de contratação acima de determinado valor. Essa coordenação é necessária para garantir o efeito dos princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e, em especial, a livre circulação de mercadorias, a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços, bem como os princípios derivados como a igualdade de tratamento, a não-discriminação, o reconhecimento mútuo, a proporcionalidade e a transparência. Tendo em conta a natureza dos setores afetados, a coordenação da contratação pública a nível da União deverá, embora salvaguardando a aplicação desses princípios, criar um quadro para práticas comerciais leais e permitir a máxima flexibilidade.”.

A Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, refere no seu 4.º Considerando, no 2.º parágrafo que “Para eliminar as distorções que persistem no mercado interno, é necessária, ao nível da União, uma aplicação uniforme dos princípios do TFUE em todos os Estados-Membros e a eliminação das discrepâncias de interpretação desses princípios. Tal favoreceria também a eficiência da despesa pública, facilitaria a igualdade de acesso e a participação equitativa das PME na adjudicação dos contratos de concessão, tanto a nível local como da União, e apoiaria a realização dos objetivos sustentáveis em matéria de políticas públicas.”.

Face ao que supra se expõe, denota-se que as novas Directivas da UE explanam claramente quais os princípios que devem ser observados pelos Estados-Membros para que sejam dados os passos no sentido do alcance de um dos objectivos últimos da UE – a construção do mercado único/interno europeu. Ressalta-nos à vista a sua precaução no que à abertura da concorrência em matéria

de contratação pública diz respeito, nomeadamente, quanto aos concursos públicos que ultrapassam determinado valor.

Convém fazermos menção de que a jurisprudência e a doutrina portuguesa³ têm considerado a concorrência como um princípio fundamental da contratação pública, como, aliás, foi mencionado no Ac. n.º 40/2010, de 3 de Novembro de 2010, 1ª S/SS do Tribunal de Contas, proferido no Processo n.º 1303/2010, de imediato em sumário: “1. O respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer actividade de contratação pública por força dos imperativos comunitários, por directa decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão.”.

Para Ana Fernanda Neves, “O princípio da concorrência tutela os interesses relativos ao acesso aos mercados públicos e o interesse público na contratação óptima. Postula a realização de procedimento pré-contratual, ainda que exista outra entidade adjudicante com interesse na adjudicação, cuja participação não deve distorcer a concorrência em relação aos proponentes privados. Veda restrições injustificadas e desproporcionadas à liberdade de candidatura. Implica que nenhum obstáculo ou favor seja introduzido nas regras de um procedimento em que há vários interessados numa vantagem pública, de molde que a escolha do concorrente resulte do confronto juridicamente correcto das respectivas propostas.”⁴. Assim, conclui-se que o princípio da concorrência tem em vista a proibição de discriminações injustificadas, em razão da nacionalidade ou outras que obstem às liberdades fundamentais. O alcance da liberdade e da igualdade através da concorrência devem ser as máximas orientadoras das relações entre os Estados-Membros e os entes privados, pretendendo-se que os mercados funcionem de modo normal, bem como se pretende a protecção subjectiva dos concorrentes –

³ *Vide*, por todos, EIRÓ, Vera e Cláudia Trabuco – Contratação Pública e Concorrência, Cláudia Trabuco- Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, ISBN 978-972-40-5159-8, p. 11-42.

⁴ NEVES, Ana Fernanda, Os Princípios da Contratação Pública, in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia – Volume II, Coimbra Editora, 2011, p. 40

exigências que, aliás, decorrem da CRP, nos art.ºs 81.º, al. f) e 99.º, al. a) –, e a prossecução do interesse público, apenas sendo conseguido através da abertura dos procedimentos de adjudicação aos mercados, com vista ao alcance de melhores condições financeiras para a Administração.

Como se sabe o princípio da concorrência é a trave-mestra da contratação pública, pretendendo-se com a sua observação que os entraves no acesso ao mercado sejam diminuídos, e pretendendo-se, também, a participação nos procedimentos de um maior e melhor número de concorrentes ou candidatos, sendo este princípio entendido como uma derivação do princípio da igualdade, tendo em conta que “impõe à entidade adjudicante uma conduta estritamente igual para todos os concorrentes e candidatos, impedindo-a de tomar medidas (directas ou indirectas) de discriminação (jurídica ou fáctica) que possam beneficiar ou prejudicar ilegitimamente (é dizer sem justificação suficiente) qualquer ou quaisquer deles”⁵. A este respeito o Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte, de 7 de Outubro de 2011, proferido no Processo n.º 00225/11.3BECBR, menciona, também, que “7. A transparência, a imparcialidade e a igualdade apenas se podem realizar num quadro de legalidade e livre concorrência.”.

Assim, a par do princípio da concorrência, concorrem outros princípios gerais de direito interno e europeu, como o da igualdade, imparcialidade e transparência, que são princípios específicos da realidade europeia, tais como são o da não discriminação em função da nacionalidade e reconhecimento mútuo, e princípios específicos da contratação pública, como é o da intangibilidade das propostas.⁶

O Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte, de 26 de Setembro de 2013, proferido no Processo n.º 00592/12.1BEPNF, expõe que “I. O princípio da concorrência visa preservar a finalidade do procedimento concursal, assegurando

⁵ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, Os princípios gerais da contratação pública, in Estudos de Contratação Pública - Volume I, Coimbra Editora, 2008, página 92.

⁶ O princípio da intangibilidade das propostas impõe que com a entrega da proposta o respectivo concorrente fique vinculado à mesma, não a podendo retirar ou alterar até que seja proferido o acto de adjudicação, ou até decorrer o respectivo prazo de validade.

que as diferentes propostas cumpram as imposições e os limites referidos nas peças do procedimento, de modo a permitir uma plena comparação entre elas, de forma a resultar escolhida a melhor que o mercado forneceu.”. Este princípio significa que as imposições e os limites das peças do procedimento deverão ser observados pelos proponentes, existindo uma graduação entre os mesmos, de modo a que as regras da concorrência não sejam falseadas, graduando-se as propostas apresentadas, de forma igualitária.

Além destes princípios, a contratação pública rege-se pelo princípio geral da legalidade administrativa (legalidade procedimental) e todos os demais que decorrem da atividade administrativa com consagração constitucional e no CPA, designadamente, os princípios da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, da proporcionalidade, da justiça, da transparência e da publicidade, da boa-fé, da colaboração e participação, da decisão, da eficiência da gratuitidade, do inquisitório, da informação e do acesso à justiça, e da tutela da confiança jurídica e da segurança jurídica.

De acordo com o disposto no art.º 266º da CRP, no seu n.º1, “A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.” e, de acordo com o n.º2, “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”

O princípio da imparcialidade na actuação da Administração Pública é uma garantia dos cidadãos, plasmado constitucionalmente no n.º 2, do art.º 266º, da CRP, como princípio fundamental, com o propósito de salvaguardar o interesse público (*vide* n.º1, do art.º 266º da CRP). Para que a imparcialidade seja garantida, é necessário que sejam estabelecidas as incompatibilidades, os impedimentos (*vide* art.ºs 69.º e ss. do CPA), sejam fixados períodos de quarentena⁷, evitando-se os

⁷ Veja-se, a título de exemplo, o art.º 23.º, n.º4, dos Estatutos da ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro), que menciona que os membros do Conselho de Administração que cessem funções ficam impedidos, durante dois anos, de prestar serviços a empresas dos sectores regulados e de desempenhar qualquer função.

episódios de conflitos de interesses, e evitando que a decisão administrativa seja influenciada por interesses ilegítimos, devido à contaminação da mesma.

A respeito do princípio da transparência, enquanto valor da boa governação da Administração Pública Democrática, impõe-se a existência de transparência, garantindo o acesso à informação e aos dados detidos pela Administração Pública, pelo que cada unidade de Administração deve adoptar uma estratégia activa de abertura, de informação e de transparência, através de uma política de informação aberta, através de ferramentas de *e-government* e com instrumentos de difusão de informação, assegurando aos interessados o acesso à informação e aos dados de que detém, diminuindo o espaço para que ocorram fenómenos de corrupção e de tráfico e influências e de desvio de poder. Os responsáveis pela Administração Pública encontram-se prevenidos da necessidade de não seguirem opções inexplicáveis ou inaceitáveis pela opinião pública. Como modo de promoção da transparência foi criado o portal de contratos públicos, em www.base.gov.pt, no qual é comunicada toda a informação relativa a estes contratos celebrados ao abrigo do CCP, e que possibilita a entrada no sistema de informação de avaliação e monitorização da contratação de obras públicas em Portugal - o Observatório das Obras Públicas -, bem como o diálogo com os intervenientes e com o cidadão.⁸ A respeito deste princípio Pedro Costa Gonçalves escreve que “a transparência impõe-se como valor indiscutível.”, porém devem observar-se limites, não devendo ser absoluta uma vez que “(...) há áreas da governação em que a total transparência pode revelar-se prejudicial e mesmo contrária ao bom funcionamento do sistema.”⁹.

Impõem-se que o princípio da igualdade seja observado, sob pena de, se não o for, assistirmos à violação do princípio da concorrência, uma vez que decorre deste.

⁸ Este portal tem várias funções, entre elas a de centralizar a informação mais importante sobre os contratos públicos que são celebrados, divulgar conteúdos técnicos e legislação relevante, publicitar o lançamento de concursos e de outros procedimentos de contratação, a celebração de contratos e eventuais sanções aplicadas por infrações ao Código dos Contratos Públicos, e de aproximar as instituições do cidadão estimulando a observação e o conhecimento da despesa pública realizada.

⁹ GONÇALVES, Pedro Costa, [et al.] - (Governance lab), Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da “new public governance”, IN GONÇALVES, Pedro Costa, O Governo da Administração Pública, Coimbra, Edições Almedina SA, 2013, ISBN 978-972-40-5091-1, pp.25.

Neste caso concreto foram fixadas especificações técnicas de modo discriminatório, pretendendo-se favorecer um operador económico em concreto, o que pressupõe uma verdadeira violação do princípio da concorrência,¹⁰ tal como decorre do plasmado no art.º 49º do CCP, que menciona no seu n.º 1 que as especificações técnicas do caderno de encargos devem ser estabelecidas “por forma a permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência.”. Esta consagração pelo legislador português teve em conta o que decorre do art.º 23.º, n.º2 da Directiva 2004/18/CE, que refere que “As especificações técnicas devem permitir o acesso dos proponentes em condições de igualdade e não criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.”. A nova Directiva 2014/24/UE reproduz, de modo idêntico, o que já antes tinha sido plasmado, referindo no seu art.º 42.º, n.º2, que “As especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e não podem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.”.

Voltando à análise do caso concreto, o art.º 49.º do CCP, no seu n.º4, dispõe ainda que “Não podem ser excluídas propostas com fundamento em desconformidade dos respectivos bens ou serviços com as especificações técnicas de referência, fixadas de acordo com o disposto nas alíneas a) ou b) do n.º 2, desde que o concorrente demonstre, de forma adequada e suficiente, que as soluções apresentadas na sua proposta satisfazem, de modo equivalente, as exigências definidas por aquelas *especificações*.”. No entanto o projectista sempre negou aos concorrentes a admissão de propostas que fossem diferentes quanto aos materiais, tendo sido vedada a possibilidade de ser utilizado qualquer material alternativo ao que foi preconizado no projecto de pavimentação. O Ac. 40/2010, de 3 de Novembro de 2010 a que supra se alude estabelece que “Através da fixação de especificações técnicas discriminatórias são favorecidos ou desfavorecidos determinados operadores económicos ou determinados produtos, ofendendo-se o princípio da concorrência.”.

¹⁰ A este respeito dever-se-á ter em consideração o Ac. do Tribunal de Contas de 3/11/10, (Helena Abreu Lopes), Proc. n.º 1303/2010, URL: <http://www.tcontas.pt/> (consultado em 27/02/2017).

A violação destes princípios e/ou normas do procedimento é uma causa de não adjudicação do contrato, uma vez que de acordo com o art.º 79.º, n.º1, al. c) do CCP, quando ocorram circunstâncias imprevistas e seja necessário “...alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação de propostas” torna-se “...obrigatório dar início a um novo procedimento no prazo máximo de seis meses a contar da data da notificação da decisão de não adjudicação”, de acordo com o n.º 3 do mesmo artigo.

No entanto, não basta que se tenha em conta apenas a violação dos princípios gerais orientadores em matéria de contratação pública, uma vez que enquanto princípios gerais de direito têm um valor normativo genérico, com a função de orientar e de condicionar a compreensão do ordenamento jurídico, tanto na aplicação, integração, e como na elaboração das normas. Assim, é necessário que sejam observadas as normas jurídicas que configurem esta situação como estando ferida de um vício procedimental, podendo ser anulável ou até mesmo declarada nula.

Perante a exigência da utilização do componente RAR, que é pré-determinada no projecto de pavimentação, e pelo facto existir coincidência entre o proponente e o projectista, pelo menos aquando a preparação das propostas, exige-se que se faça uma análise para se saber se as normas portuguesas e europeias, em matéria de contratação pública, estão ou não, a ser violadas.

É o que passamos a fazer em seguida.

2.2. A existência de conflito de interesses?

A situação em apreço pode, também, consubstanciar uma situação de conflito de interesse, que é, aliás, um impedimento inovador no âmbito das disposições europeias em matéria de contratação pública. A esse respeito a Directiva 2014/24/UE traz um novo regime para os conflitos de interesse organizacionais¹¹, no seu art.º 24.º, prevendo que “Os Estados-Membros asseguram que as autoridades adjudicantes tomem as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos.”.

A Directiva 2014/23/UE também consagra no seu art.º 35.º, sob a epígrafe “Combate à corrupção e prevenção de conflitos de interesses”, que os Estados-Membros devem tomar medidas adequadas no combate à fraude, ao favorecimento e à corrupção, prevenindo e resolvendo os conflitos de interesses no âmbito dos procedimentos de adjudicação de concessões, não indo além do que é estritamente necessário. Acrescenta, no 2.º parágrafo do aludido artigo que “O conceito de «conflito de interesses» engloba, no mínimo, qualquer situação em que os membros do pessoal da autoridade adjudicante ou da entidade adjudicante que participem na condução do procedimento de adjudicação da concessão, ou que possam influenciar os resultados do mesmo, têm direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto desse procedimento de adjudicação.”.

Por sua vez a Directiva 2014/25/UE menciona no seu art.º 42.º a hipótese de conflitos de interesses da seguinte forma: “O conceito de «conflito de interesses» engloba, no mínimo, qualquer situação em que os membros do pessoal da autoridade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da autoridade adjudicante, que participem na condução do procedimento de contratação ou que possam influenciar os resultados do mesmo, têm direta ou indiretamente um interesse

¹¹ São também denominados na doutrina estrangeira, nomeadamente anglo-saxónica, de *organisational conflicts of interest* – In- inter alia, SZLIGA, - Conflict and intrigue in government contracts: a guide to identifying and mitigating organizational conflicts of interest, Public Contract Law Journal, 35, Vol. 35, N.º. 4, Summer 2006, pp. 639-674.

financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do procedimento de adjudicação.”

Não restam dúvidas das semelhanças existentes, apenas com pequenas variações, do que as três directivas dispõem quanto à existência de conflitos de interesses.

Francisco Noronha refere, no seu artigo de opinião, na Revista de Contratos Públicos¹², que “os conflitos de interesse (CI) dizem respeito à configuração de certas situações em que incorrem os membros do pessoal da autoridade adjudicante (ou um prestador de serviços que age em seu nome) uma vez verificadas determinadas circunstâncias (art. 24.º) (...)”.

Também o Observatório de Economia e Gestão de Fraude se veio pronunciar a este respeito, dando a definição de conflitos de interesse do seguinte modo: “O conflito de interesses caracteriza-se por uma situação em que alguém, potencialmente ou aparentemente, se vê confrontado com uma determinada situação que poderá originar uma quebra na sua confiança enquanto profissional, podendo comprometer de forma irreversível um negócio, uma relação jurídica ou uma simples decisão.”, mencionando, ainda, que poderemos estar perante um conflito de interesses quando “(...) alguém tendo um interesse pessoal ou privado em determinada matéria influencie, ou tente, influenciar o desempenho de outrem, de forma que este actue e seja parcial, atingindo assim o objectivo que pretende. Por interesse pessoal ou privado entenda-se qualquer potencial vantagem para o próprio, para os seus familiares, afins ou para o seu círculo de amigos.”¹³. Menciona, ainda, que “...o que se visa proteger com a regulação dos conflitos de interesses é a preservação de valores como a legalidade, lealdade, confiança e ética.”¹⁴

João Caupers entende que o conflito de interesses é uma “realidade plurifacetada e muito complexa”¹⁵.

¹² NORONHA, Francisco, Os Conflitos de Interesse e a Participação Prévia de Candidatos ou Proponentes, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, ISBN 9782182164138, (2016), p.7.

¹³ IN Working Papers #01, Conflitos de Interesses, Glória Teixeira e Helena Freire, Edições Húmus, 1.ª Edição, Fevereiro de 2009, Localização web: <http://www.gestaodefraude.eu>, p. 7.

¹⁴ IN Working Papers #01, Conflitos de Interesses, Glória Teixeira e Helena Freire, Edições Húmus, 1.ª Edição, Fevereiro de 2009, Localização web: <http://www.gestaodefraude.eu>, p. 5.

¹⁵ CAUPERS, João, [et al.], Os conflitos de interesses na revisão do Código dos Contratos Públicos, IN ESTORNINHO, Maria João, A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos, Lisboa, Maio de 2016, ISBN 9789-989-8722-16-4, Localização web: <https://www.icjp.pt>, p. 36-42.

De todo o modo, sabe-se que o que se pretende com a regulação da questão do conflito de interesses é que os princípios da lealdade, confiança, ética e legalidade sejam assegurados.

No que à matéria da contratação pública diz respeito, pretende-se que os seus princípios orientadores sejam acautelados, como são o princípio da transparência, igualdade e concorrência, plasmados no art.º 1º, n.º4, do CCP.

É de tal forma evidente a preocupação do legislador europeu em acautelar a não verificação de situações que impeçam a concorrência efectiva e são no mercado interno europeu que a Directiva 2014/24/UE começa por mencionar no seu Considerando 16 o seguinte: “As autoridades adjudicantes deverão recorrer a todos os meios possíveis de que disponham na legislação nacional a fim de evitar distorções nos procedimentos de contratação pública provocadas por conflitos de interesses. Tal poderá incluir procedimentos para identificar, prevenir e solucionar os conflitos de interesses.”

Sabe-se que o art.º 24.º da mesma Directiva consagra uma obrigação que recai sobre os Estados-Membros em assegurar a existência de mecanismos preventivos e repressivos de conflitos de interesse, se bem que, muito embora esta norma esteja contemplada na parte geral do diploma – e, por isso, diga respeito a todo o regime constante da Directiva – este concede um grande espaço de manobra aos Estados-Membros para a sua modelação concreta e efectiva. Também é de ter em consideração que os Considerandos não possuem força normativa, sendo um suporte para a orientação e interpretação do texto legal. Apercebemo-nos de uma contraposição entre o art.º 24.º da Directiva, que faz menção a “medidas adequadas”, isto é, as entidades adjudicantes têm o dever de recorrerem a “todos os meios possíveis”, para identificar, neutralizar e resolver situações de conflitos de interesses, e o Considerando 16 que faz menção a “todos os meios possíveis de que disponham”. Este desfasamento a que se assiste, não deixa de revelar uma certa confusão nesta matéria, o que se consegue facilmente compreender, tendo em conta que é a primeira vez que o legislador europeu se propôs a tratar das situações de conflitos de interesses em matéria da contratação pública.

O art.º 41.º da Directiva 2014/24/UE refere que “Quando um candidato ou proponente, ou uma empresa associada a um candidato ou proponente, tiver

apresentado um parecer à autoridade adjudicante, quer no contexto do artigo 40.º, quer não, ou tiver participado de qualquer outra forma na preparação do procedimento de contratação, a autoridade adjudicante toma as medidas adequadas para evitar qualquer distorção da concorrência em virtude dessa participação do candidato ou proponente.”. Estabelecendo uma comparação entre o art.º 24.º da Directiva e este artigo, facilmente se constata que a preocupação do legislador naquele artigo é em evitar a distorção da concorrência, bem como que seja garantida a igualdade de tratamento dos operadores económicos, ao passo que neste artigo a sua preocupação é de evitar a distorção da concorrência.^{16 17}

Francisco Noronha considera que para que estejamos perante conflitos de interesses definidos no segundo parágrafo do art.º 24.º da Directiva 2014/24/UE, devem estar preenchidos, pelo menos, três requisitos. No seu entender, estaremos perante um conflito de interesses sempre que exista (i) “qualquer situação em que os membros do pessoal da autoridade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da autoridade adjudicante” e (ii) “que participem na condução do procedimento de contratação ou que possam influenciar os resultados do mesmo” e que (iii) “têm direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do procedimento de adjudicação.”¹⁸ Estes requisitos devem ser observados de modo cumulativo, e se tal acontecer, poderemos considerar estar perante uma situação de conflito de interesse. Nos casos em que exista qualquer circunstância que acresça a estes, o autor entende que esta só reforçará a existência (ou pelo menos a aparência de existência) de uma situação “conflitual”.

Aderimos totalmente à posição de Francisco Noronha, aliás, como não poderia deixar de ser em virtude do art.º 24.º da Directiva 2014/24/UE, porque os requisitos apontados pelo autor não são mais do que decomposição do texto da norma, no que concerne aos requisitos da existência de uma situação de conflito de interesses, pelo

¹⁶ Já o Considerando 16 apenas se refere à necessidade de evitar as “distorções nos procedimentos de contratação pública provocadas por conflitos de interesses”, não especificando qual o objecto da distorção (*v.g.* concorrência) ao certo.

¹⁷ Entre o plasmado no Considerando 16, nomeadamente as necessidades de “identificar, prevenir, e solucionar os conflitos de interesses”, e o plasmado no art.º 24.º da Directiva, de “impedir, identificar e resolver” os mesmos, assiste-se a um menor desfasamento.

¹⁸ NORONHA, Francisco, Os Conflitos de Interesse e a Participação Prévia de Candidatos ou Proponentes, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, ISBN 9782182164138, (2016), p.15.

que é um mecanismo orientador adequado a aferir em concreto se estamos perante uma situação deste tipo e cuja aplicação tem total cabimento no caso de conflito de interesses que deu origem à anulação de todo o procedimento concursal relativo à requalificação da 2.^a circular.

Façamos o teste.

O projecto do procedimento do concurso público foi elaborado pela mesma entidade que figurava como prestadora de serviços da entidade adjudicante, pelo que assistimos ao preenchimento do 1.^o requisito, podendo essa mesma entidade influenciar os resultados do procedimento de contratação uma vez que indicou uma especificidade técnica, de tal forma restrita, influenciando o resultado do procedimento, estando, também, o 2.^o requisito preenchido, e por último, é o único operador económico que produz/fornece o componente exigido naquela especificação técnica, o que resulta no preenchimento do 3.^o requisito.

Também convém referir que a Directiva 2014/24/UE estabelece no seu art.^o 57.^o, n.^o4, al. e) o novo motivo de exclusão de um operador económico de um procedimento de contratação por força da existência de um conflito de interesses. Este artigo trata de motivos de exclusão facultativos por parte das entidades adjudicantes, tendo esta a *faculdade* ou o *poder* (e não já o dever) de o excluir podendo, ainda assim, serem solicitadas a excluir determinado operador económico, solicitação que pode ser feita pelos Estados-Membros. O art.^o 57.^o, n.^o5 refere que a exclusão deve ser accionada pelas entidades adjudicantes, a todo o tempo. Neste caso trata-se há a distorção da concorrência, bem como a violação do princípio da igualdade. A respeito da possibilidade – faculdade ou poder – que é dada à entidade adjudicante, resta saber se deveria ser facultativa ou se, por outro lado, deverá ser obrigatória. No entendimento de Francisco de Noronha a que aderimos, deverão estar obrigadas a fazê-lo, uma vez que poder-se-ia estar perante a distorção da concorrência e de violação do princípio da igualdade, assistindo-se a uma violação grosseira destes princípios com uma merecedora atenção no âmbito da contratação pública. É importante ressaltarmos, bem assim, a sua natureza enquanto impedimentos relativos que são, uma vez que o seu efeito inibitório esgota-se no acesso a um procedimento

em específico, não retirando ao operador a aptidão para poder participar noutros procedimentos pré-contratuais.

Perante a existência de uma situação de conflito de interesses nos termos do art.º 24.º da Directiva 2014/24/UE, teremos de verificar como se procederá. A possibilidade de exclusão de operador económico com base na existência de um conflito de interesses, de acordo com a al. e), do n.º 4, do art.º 57.º, é vista pelo legislador europeu como o último reduto (*ultima ratio*), sendo dada a possibilidade às entidades adjudicantes de recorrer a esta solução nas situações em que não existam ou sejam insuficientes outras medidas adequadas para que se assegurem os princípios da concorrência e da igualdade que o art.º 24.º tutela.

Coloca-se a questão de se saber quais são as medidas menos invasivas a que o legislador europeu se refere no mencionado artigo, tendo em conta que quando estamos perante a existência deste tipo, nos parece que na esmagadora maioria dos casos em que tornará a adjudicação do contrato no mínimo ilegítimo ou até ilegal. Uma excepção ao que anteriormente nos referimos poderá ser o caso em que se demonstre objectivamente que aquele operador económico é efectivamente o único que pode corresponder às especificações técnicas do caderno de encargos, tendo que ser demonstrado que estas são absolutamente necessárias para o contrato que se visa adjudicar, sob pena de tal não fazer qualquer sentido. Neste caso poderemos dizer que estamos perante uma aparência de conflito de interesses, tendo em conta que o membro da entidade adjudicante ou prestador de serviços limita-se a levar para as peças procedimentais as especificações que são absolutamente necessárias, não havendo qualquer manipulação do resultado final do mesmo. Aliás, as Directivas de 2014 têm, também, o objectivo de evitar situações de corrupção.¹⁹ Ainda assim não somos da opinião de que aqui se trata de um conflito de interesses aparente, tendo em conta que foram apresentadas propostas alternativas, não sendo nenhuma delas admitida, sendo a única proposta admitida a da entidade projectista e concorrente, havendo, portanto, manipulação do resultado.

¹⁹ IN ESTORNINHO, Maria João, A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos, Lisboa, Maio de 2016, ISBN 9789-989-8722-16-4, Localização web: <https://www.icjp.pt>, p. 10.

Cumpramos reiterar que a exclusão só deve acontecer nos casos em que os conflitos de interesse não possam ser corrigidos através de medidas alternativas, suficientes e adequadas para o efeito – a dispersão terminológica existente quanto à designação das medidas, “adequadas” no art.º 24.º, e “menos invasivas”, na al. e), do n.º4, do art.º 57.º, na opinião de Francisco Noronha, deve ser desconsiderada.²⁰ O legislador europeu considera que a exclusão do operador é, *hoc sensu*, a medida menos adequada para resolver os conflitos de interesse (de acordo com a letra da lei, de acordo com a al. e), n.º 4, do art.º 57.º). Quanto às medidas o art.º 24.º não avança com exemplos, mas parece óbvio que a primeira das medidas será a de substituir e impedir o elemento em causa no procedimento (art.ºs 71.º e 72.º do CPA, que também são aplicáveis aos casos de escusa e suspeição, *ex vi* art.º 75.º, n.º5, do CPA) ²¹ ²². Independentemente de quaisquer que sejam essas medidas, devem constar do relatório escrito sobre o procedimento de adjudicação do contrato, tal como refere o art.º 84.º, n.º1, al. i), que inclui, de modo expreso, “os conflitos de interesses e medidas tomadas subsequentemente”. A Directiva neste artigo refere-se aos relatórios individuais de cada um dos procedimentos de adjudicação, que são elaborados pelas entidades

²⁰ Este autor menciona que o importante a ter em conta é que na presença de um conflito de interesses, devem ser adoptadas medidas de correcção, e só nos casos em que estas não sejam adequadas e suficientes é que se deve proceder à exclusão do operador, do procedimento. O mesmo autor considera que, mesmo nos casos em que haja motivo para a aludida dispersão terminológica, então diz que não bastará que as medidas sejam “menos invasivas”, tendo, acima de qualquer outra coisa, de ser adequadas e suficientes. No caso de não o serem, sendo menos invasivas, deverá prevalecer, de todo o modo, a exclusão. A este respeito ver NORONHA, Francisco, Os Conflitos de Interesse e a Participação Prévia de Candidatos ou Proponentes, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, ISBN 9782182164138, (2016), p. 18.

²¹ A este respeito ver Francisco de Noronha que considera que não obstante a Directiva não se referir expressamente a uma “medida” – ao contrário do que acontece na participação prévia, art.º 41.º, 3.º parágrafo, poderia existir um momento para que fosse realizado o contraditório pela entidade adjudicante e pelo próprio operador com quem o elemento impedido ligado à entidade adjudicante tenha, na eventualidade, uma relação que releve para os efeitos do art.º 24.º. NORONHA, Francisco, Os Conflitos de Interesse e a Participação Prévia de Candidatos ou Proponentes, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, ISBN 9782182164138, (2016), p.19.

²² Francisco Noronha faz alusão à questão de sabermos se o mecanismo de *self-cleaning* (art.º 57º, n.º 6 e 7), poderá, ou não, ser mobilizado nesta sede. Contra isto está HANS-JOACHIM PRIESS, “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive”, *ob. cit.*, pp. 119-120. Mais a favor desta possibilidade está, pelo menos de um modo aparente, Miguel Assis Raimundo, na sua análise às novas directivas, em “Primeira análise das novas directivas (Parte I)”, *ob. cit.* Para Francisco Noronha, o n.º 7 do artigo, não lhe parece ser mobilizável, mas já o n.º 6 do mesmo artigo, considera que pode ser aproveitável, não nas medidas enunciadas no segundo parágrafo, mas já na parte que concerne ao contraditório e na demonstração probatória pelo operador económico que esteja interessado na sua manutenção no procedimento. NORONHA, Francisco, Os Conflitos de Interesse e a Participação Prévia de Candidatos ou Proponentes, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, ISBN 9782182164138, (2016), p.19.

adjudicantes, e no artigo 83º, n.º3, já se refere, diversamente, ao relatório de acompanhamento sobre a aplicação das regras da contratação pública, em geral, (art.º 83º, n.º2), que é elaborado pelos próprios Estados-Membros e é enviado, até 18 de Abril do corrente ano, e em seguida, de três em três anos, à Comissão. O que estes dois artigos têm ambos em comum é que se referem ao âmbito de Governação e do acompanhamento das regras da contratação pública a que alude o Título IV, nos artigos 83º e seguintes.

Nos casos em que se trata do júri (e dos prestadores de serviços, como os consultores, peritos ou profissionais vários), o Decreto-Lei n.º 14/2014, de 22 de Janeiro prevê alguns mecanismos preventivos com o propósito de serem eliminados, *ab initio*, a formação de circunstâncias em que possa existir um conflito de interesses, tornando inviável que a pessoa seja nomeada para esse cargo, ou que, no caso de já ter sido, conserve a sua posição. Assim, há obrigações de comunicação e de transparência, através de declaração de inexistência de incompatibilidades, que deverão ser actualizadas e publicitadas em local próprio, devendo ser observadas estas obrigações a todo o tempo, nomeadamente quando surjam incompatibilidades supervenientes que gerem estas situações de conflitos de interesses. Nestes casos de superveniência destas circunstâncias, deve o visado comunicar de imediato e cessar funções.

Estão em causa situações nas quais existe a envolvência de membros do pessoal da autoridade adjudicante ou do prestador de serviço que age em seu nome. No caso em que estamos perante a primeira situação, conclui-se que o âmbito da norma compreende as garantias de imparcialidades que estão asseguradas no art.º 69.º e ss., do CPA – deve por isso entender-se que estão implicados não apenas os titulares de uma relação de emprego público, como também os intervenientes no procedimento que estão ligados à entidade adjudicante, como é o júri. No segundo caso, do envolvimento de prestador de serviço que age em nome da entidade adjudicante, a norma tem um alcance demasiado vasto, pode abranger peritos formalmente designados para que prestem auxílio ao júri, e outros profissionais, assim como consultores que prestem serviços de assessoria junto do órgão competente para a decisão de contratar. Assim, o primeiro dos requisitos é que as garantias da imparcialidade clássicas já não acobertam

a figura difusa dos prestadores de serviços, uma vez que com a novidade introduzida no n.º 3 do art.º 69.º do novo CPA, consideram-se impedidos de prestar serviços de consultoria, a favor do responsável pela respectiva direcção ou dos sujeitos públicos da relação procedimental, as entidades que estejam abrangidas pelas situações patentes no n.º1 do art.º 69.º ou que tenham prestado serviços a qualquer dos sujeitos privados que sejam participantes na relação jurídica procedimental, há menos de três anos. O segundo requisito que constitui o conceito de conflito de interesses é que esses membros do pessoal tenham participação tanto no que concerne à condução do procedimento de contratação, bem como, que possam ter influência nos resultados desse. Assim, não se exige uma participação *activa* (como é o caso do júri), é suficiente que este influencie. O terceiro requisito diz respeito a que esses membros, quer participem, quer influenciem o resultado do procedimento de contratação, tenham um interesse financeiro, económico ou pessoal, comprometendo a imparcialidade e independência no decorrer do mesmo procedimento.

Pode questionar-se aqui se se aplicaria subsidiariamente as normas do CPA relativas aos impedimentos para os procedimentos administrativos em geral. Se considerarmos a sua aplicação subsidiária, então não seria necessário a transposição para o CCP da hipótese de exclusão de um candidato/concorrente/proposta por existência de um conflito de interesses por causa da actuação de um prestador de serviços, por se encontrar já previsto no âmbito da lei procedimental administrativa geral. Ainda que assim não se entendesse, somos da opinião que tal impedimento decorre da aplicação dos princípios da concorrência e da imparcialidade.

A este respeito é pertinente fazer alusão ao facto de o legislador europeu ter pretendido impor a observância quer do princípio da imparcialidade, quer do princípio da independência, quando estamos perante um procedimento de adjudicação.

Francisco Noronha considera que estamos perante o princípio da imparcialidade na sua dimensão subjectiva ou orgânica²³²⁴, e menciona que é neste âmbito que se assaca a

²³ NORONHA, Francisco, Os Conflitos de Interesse e a Participação Prévia de Candidatos ou Proponentes, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, ISBN 9782182164138, (2016), p.18.

²⁴ O novo Código de Procedimento Administrativo (CPA) consagrou expressamente o princípio da imparcialidade no art.º 9.º, plasmando que a “A Administração Pública deve tratar de forma

sua função preventiva, isto é, pretendendo-se evitar “a existência de situações que potenciem uma incorrecta ou ilegítima formação da vontade da entidade adjudicante”.²⁵ O CPA refere no art.º 9º que deve ser observado o princípio da imparcialidade em todas as relações da Administração Pública, devendo ser imparcial com aqueles que entrem em relação com esta, e adoptar soluções organizatórias e procedimentais sempre de modo a que seja preservada a isenção administrativa e a confiança. Os art.ºs 69.º e ss. do CPA estabelece o regime de impedimentos, escusas e suspeições, aplicando-se tanto aos membros da entidade adjudicante, quanto ao júri do procedimento, como supra se alude.

Assim, Francisco de Noronha é da opinião de que se o operador não fosse excluído, então os actos em que tenham intervindo os membros do pessoal da entidade adjudicante e os prestadores do serviço que estejam numa situação de conflitos de interesses, deveriam ser anuláveis, por força do disposto no art.º 76º, n.º1, do CPA. Assim, estaria a ser observada a regra do *paralelismo dos desvalores*²⁶, de onde se conclui que um dos vícios que é susceptível de gerar a anulabilidade do contrato celebrado é a prática de actos procedimentais – a decisão de adjudicação - que violem as garantias da imparcialidade (art.º 283, n.º 2 do CCP) ²⁷.

No que à legislação portuguesa diz respeito, cumpre-nos dizer que não ignora as situações de conflitos de interesses, estando o ordenamento jurídico português em constante evolução no que a esta matéria diz respeito, criando diversos instrumentos normativos para o controlo eficiente dos conflitos de interesses. Desde logo a lei fundamental do nosso país consagra no seu art.º 202.º, n.º2, que “Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os

imparcial aqueles que com ela entrem em relação, designadamente, considerando com objectividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adotando as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção.”

²⁵ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Os Princípios Gerais da Contratação Pública, in Estudos de Contratação Pública - Volume I, Coimbra Editora, 2008, página 95.

²⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de, e André Salgado de Matos - Direito Administrativo Geral, Tomo I, 3.ª ed., Editor: Dom Quixote, Abril de 2004, ISBN 9789722032421, p. 395.

²⁷ NORONHA, Francisco, Os Conflitos de Interesse e a Participação Prévia de Candidatos ou Proponentes, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, ISBN 9782182164138, (2016), p.23.

conflitos de interesses públicos e privados.”. Também o CPA dispõe de instrumentos normativos que contemplam o controlo dos conflitos de interesses, bem como Regime de Incompatibilidades do pessoal de livre designação por titulares de cargos políticos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/2012, de 20 de Janeiro, prevendo no seu art.º 8.º, n.º1, que “Os membros dos gabinetes estão sujeitos ao regime de incompatibilidades, impedimentos e inibições previstos nas disposições reguladoras de conflitos de interesses resultantes do exercício de funções públicas e no Código do Procedimento Administrativo.”, e contempla, também, que os membros do gabinete aquando do início das suas funções apresentam uma declaração que ateste a inexistência de conflitos de interesses, de acordo com o seu art.º 19.º, n.º1, bem como o Regime de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, aprovado pela Lei n.º 64/93, de 26 de Agosto, consagrando no seu art.º 7.º- A que o registo de interesses na Assembleia da República “...consiste na inscrição consiste na inscrição, em livro próprio, de todas as actividades susceptíveis de gerarem incompatibilidades ou impedimentos e quaisquer actos que possam proporcionar proveitos financeiros ou conflitos de interesses.”. Também o Estatuto do pessoal dirigente dos serviços e organismos da Administração Central, regional e local do Estado, aprovado pela Lei n.º 2/2004 de 15 de Janeiro, com as alterações que lhe são posteriores, republicado pela Lei n.º 64/2011 de 22 de Dezembro, consagra a noção de conflitos de interesses. Este Estatuto menciona no seu art.º 17.º, relativo a incompatibilidades, impedimentos e inibições, no seu n.º 2, que “O pessoal dirigente está sujeito ao regime de incompatibilidades, impedimentos e inibições previstos nas disposições reguladoras de conflitos de interesses resultantes do exercício de funções públicas, designadamente nas constantes da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e nas dos artigos 44.º a 51.º do Código do Procedimento Administrativo.”. O Regime de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, aprovado pela lei n.º 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, com as subsequentes alterações também contempla normas para o eficiente controlo de situações de conflitos de interesses, tal como o Estatuto disciplinar dos trabalhadores que exercem funções públicas, aprovado pela lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, mencionando no seu art.º 3.º, n.º 5, relativo a situações em que ocorra infracção disciplinar por parte destes trabalhadores, que “ O dever de imparcialidade consiste em desempenhar as

funções com equidistância relativamente aos interesses com que seja confrontado, sem discriminar positiva ou negativamente qualquer deles, na perspectiva do respeito pela igualdade dos cidadãos.”, bem assim como o Estatuto do gestor público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de Março, com as alterações subsequentes, e que foi republicado pela Lei n.º 8/2012 de 18 de Janeiro, e, por fim, a Carta de Ética da Administração Pública, que define os dez princípios éticos da Administração Pública, mencionando que são princípios e devem orientar a conduta da Administração Pública, entre outros, do serviço público, da legalidade, da justiça, da imparcialidade, da lealdade e da integridade.

Em 10 de Fevereiro de 2016, o Grupo de Estados contra a corrupção, organismo do Conselho da Europa, também designado de Group of States against Corruption, doravante designado de GRECO, divulgou um relatório em que alertava para a necessidade de a ainda para a necessidade de serem reforçadas as leis e as normas relativas à integridade, transparência e de responsabilidade, mencionando que as responsabilidades dos deputados enfraqueceu através de um regime de prevenção dos conflitos de interesses e incompatibilidades demasiado permissivo, aconselhando as autoridades portuguesas a consagrar mais meios para o controlo em tempo útil, do património dos deputados e rever os procedimentos de levantamento da imunidade dos deputados das assembleias legislativas regionais, considerando, ainda, que é necessária a existência de um código deontológico para os deputados. Mencionou, ainda, que o aparelho judiciário se encontra vulnerável devido às ingerências políticas indevidas que é devida ao facto de muitas vezes, os conselhos da magistratura se ocuparem dos tribunais comuns administrativos e fiscais e serem compostos por uma maioria de membros não-juizes, e faltar autonomia financeira aos Tribunais e ao Ministério Público, o que fragiliza os estatutos dos magistrados judiciais, enquanto poder independente, e do Ministério Público, enquanto magistratura autónoma. Neste relatório o GRECO revelou a preocupação existente pela ausência de normas de conduta profissional para os juizes e procuradores, referindo que por alguns juizes e procuradores guardarem segredo sobre certos factos, em vez de serem abertos

processos disciplinares, existe a limitação à obrigação de estes prestarem contas aos conselhos superiores da Magistratura e do Ministério Público.²⁸

Também é de mencionar que o Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC)²⁹ deu uma Recomendação sob o n.º 5/2012, de 7 de Novembro, aprovando que as entidades de natureza pública devem dispor de mecanismos de acompanhamento e de gestão de conflitos de interesses, devidamente publicitados, incluindo, bem assim, o período que sucede ao exercício de funções públicas, indicando as consequências legais que advierem. Para que a Recomendação que se menciona fosse cumprida, em Abril de 2013 os dirigentes da Agência para Investimento e Comércio Externo de Portugal, E.P.E., (doravante designada de AICEP) e do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC) reuniram-se, com o propósito de trocarem impressões sobre tanto o processo de abordagem como de gestão dos conflitos de interesses e para elaboração de um mapa de prevenção de conflitos de interesses, tendo em conta os planos de gestão ou prevenção da corrupção e dos conflitos de interesses já disponíveis nos websites das entidades da Administração Pública portuguesa. De acordo com esta recomendação o conflito de interesses no sector público dá-se quando “... um agente público, por exercício das suas funções, ou por causa delas, tenha de tomar decisões ou tenha contacto com procedimentos administrativos de qualquer natureza, que possam afetar, ou em que possam estar em causa, interesses particulares seus ou de terceiros e que por essa via prejudiquem ou possam prejudicar a isenção e o rigor das decisões administrativas que tenham de ser tomadas, ou que possam suscitar a mera dúvida sobre a isenção e o rigor que são devidos ao exercício de funções públicas.”³⁰. Menciona, ainda a mesma Recomendação, que “Podem igualmente ser geradoras de conflito de interesse, “situações que envolvam trabalhadores que deixaram o cargo público para assumirem funções privadas, como trabalhadores, consultores ou outras,

²⁸ RTP Notícias- GRECO aconselha Portugal a reforçar meios contra corrupção junto de deputados e magistrados. Lusa. [Consult. 14 de Junho de 2017]. Localização web: https://www.rtp.pt/noticias/pais/greco-aconselha-portugal-a-reforcar-meios-contracorrupcao-junto-de-deputados-e-magistrados_n894957

²⁹ O lema desta entidade é “Promover a difusão dos valores da integridade, probidade, transparência e responsabilidade”. A este respeito: Conselho de prevenção da corrupção. [Consult. 14 de Junho de 2017]. Localização web: <http://www.cpc.tcontas.pt>

³⁰ Conselho de prevenção da corrupção – Recomendação do CPC, de 7 de Novembro de 2012, pp. 3 e 4. [Consult. 14 de Junho de 2017]. Localização web: http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacoes/recomendacao_conflitos_interesse.pdf

porque participaram, direta ou indiretamente, em decisões que envolveram a entidade privada na qual ingressaram, ou tiveram acesso a informação privilegiada com interesse para essa entidade privada ou, também, porque podem ainda ter influência na entidade pública onde exerceram funções, através de ex-colaboradores.”. Esta Recomendação sugere medidas como o desenvolvimento de acções de sensibilização, elaboração de manuais de boas práticas bem como a subscrição, por parte dos trabalhadores, de declarações sob compromisso da não existência de conflitos de interesses nos processos que sejam susceptíveis de colocar em causa o rigor e a isenção dos mesmos.

Encontra-se patente que as situações de conflitos de interesses são acauteladas pelo ordenamento jurídico português. No entanto, em matéria de contratação pública torna-se imperativo que as Directivas da UE de 2014 sejam transpostas para o nosso ordenamento jurídico, por forma a contemplar que estas situações não ocorram no seio da contratação pública portuguesa.

2.3. Conclusão retirada da avaliação do caso concreto

No que ao caso concreto sobre que nos debruçamos diz respeito, ficou claro que a situação da coincidência entre a entidade projectista e entidade que fabrica/comercializa o componente “RAR”, exigido no caderno de encargos, vicia todo o concurso público, pelo que o mesmo teria de ser, como foi, anulado. Senão vejamos: Tendo em conta que o princípio da concorrência tem em vista a proibição de discriminações injustificadas, esta situação que ocorreu no caso a que se alude na dissertação obstou às liberdades fundamentais e igualdade, máximas orientadoras das relações entre os Estados-Membros e os entes privados, colocando em causa o normal funcionamento do mercado. Perante tal situação, não foi salvaguardado o interesse público, previsto entre nós no art.º 266.º da CRP, violando-se o princípio da prossecução do interesse público, bem como da transparência, enquanto valor da boa governação da Administração Pública e os igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé, bem como os previstos nos art.ºs 3.º a 19.º do CPA, e os do art.º 1.º, n.º4, do CCP, onde se menciona o princípio da concorrência, bem como o da

igualdade e transparência. No caso em apreço, a entidade adjudicante tomou medidas discriminatórias, beneficiando um candidato/concorrente, e prejudicando os demais, na medida em que os restantes candidatos não produziam/comercializavam o aditivo RAR imposto no caderno de encargos, o que levaria à sua exclusão, pois não eram admitidas propostas desviantes. À luz do princípio da concorrência os concorrentes/candidatos devem respeitar as imposições ou limites das peças do procedimento, ou seja, patentes no caderno de encargos, para que as propostas sejam graduadas de modo igualitário. Assiste-se, a jusante, a uma desconsideração grave dos princípios da igualdade, consagrado constitucionalmente no art.º 13.º da CRP – que tem, aliás, uma dimensão reforçada em relação aos demais. A violação deste princípio, por si só, consubstancia uma nulidade, de acordo com o art.º 161.º, n. 2, al. d) do CPA, que comina com o desvalor jurídico da nulidade dos actos que ofendem o conteúdo essencial de um direito fundamental. Nos termos do disposto no art.º 162.º do CPA, os actos nulos não produzem efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade, salvo disposição legal em contrário, sendo esta nulidade invocável a todo o tempo, por qualquer interessado, e podendo ser conhecida a todo o tempo por qualquer autoridade e declarada pelos Tribunais Administrativos e pelos órgãos administrativos que têm competência para tal. Não podemos considerar estarmos, no caso *sub judice*, perante uma mera irregularidade não invalidante do acto administrativo. Mesmo sem o aludido vício, não é possível comprovar-se que o acto de adjudicação sempre teria sido praticado com o mesmo conteúdo, caso em que estaríamos no âmbito do n.º 5, do art.º 163.º, na al. c) do CPA, *ex novo*, que tem sido alvo de críticas e que não pode servir para validar uma actuação administrativa que seja contra *legem*, sendo nós da opinião de estarmos na presença de uma nulidade. Assim sendo, salvo melhor opinião, consideramos que não é possível aproveitar o procedimento, que está ferido por esta ilegalidade.

De outro modo, o regime da invalidade que é consequência de actos procedimentais inválidos, estabelece nos seus n.ºs 1 e 2, do art.º 283.º do CCP, que os contratos "são nulos se a nulidade do acto procedimental em que tenha assentado a sua celebração tenha sido declarada ou possa ainda sê-lo e são anuláveis se tiverem sido anulados ou se forem anuláveis os actos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração.". Assim, este artigo plasma o princípio da invalidade do contrato em

consequência da invalidade do acto administrativo em que assentou a sua celebração, e não dos vícios do próprio acto administrativo.

Acontece que o caderno de encargos do concurso público aqui analisado estava ferido de um vício procedimental, em virtude de claramente a concorrência estar a ser falseada, uma vez que um candidato/concorrente estaria a ser beneficiado, e os restantes prejudicados. A este propósito a nova Directiva 2014/24/UE refere no seu art.º 42.º, n.º2, que “As especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e não podem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.”. Tal não aconteceu, uma vez que ficou demonstrado que foram criados obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.

O facto de serem excluídas propostas desviantes/diferentes quanto aos materiais, tendo sido negada a admissão das mesmas por parte do projectista do concurso público, constitui uma ofensa do princípio da concorrência, bem como da disposição do art.º 49.º, n.º4, do CCP, que menciona que as propostas desconformes ao caderno de encargos em que o concorrente demonstre que satisfazem de modo equivalente as exigências das especificações, não podem ser excluídas, sendo, portanto, causas da não adjudicação do contrato.

No caso que analisamos também procuramos responder à questão de se tal situação que ocorrera no âmbito daquele concurso público consubstanciaria, ou não, uma situação de conflito de interesses, e chegamos à conclusão que a resposta é, mais uma vez, positiva.

Cumpre-nos referir que não nos parece que fosse possível a exclusão do operador económico do procedimento, tendo em conta que esse mesmo operador foi quem projectou e definiu que teria de ser utilizado o aditivo RAR a aplicar naquele troço de estrada, sendo ele próprio o único fabricante/comerciante e produtor dessa substância, e, portanto, mesmo que fosse expulso, todo o concurso público estaria inviabilizado. Restava, apenas, a anulação de todos os actos em que tenham intervindo os membros do pessoal da entidade adjudicante e os prestadores do serviço- projectista- à luz do disposto no art.º 76.º, n.º1, do CPA, por força da existência de ilegalidades atroztes existentes na base do projecto de execução que contaminaram todo o procedimento

subsequente, ofensivas do princípio da concorrência e da igualdade em matéria de contratação pública.

Ainda que o nosso entendimento possa ser de que o CCP não regula, ainda, a questão dos conflitos de interesses, devido à inexistência de norma específica, - e do nosso ponto de vista faz todo o sentido que o código regule -, poder-nos-emos apoiar na violação dos princípios orientadores da matéria da contratação pública, valendo como princípios-norma, como acima se alude. O art.º 284º do CCP, no n.º1, estabelece, por sua vez, que os contratos que ofendam os princípios ou normas injuntivas são anuláveis, sendo nulos, no n.º2, os que se demonstrem os fundamentos do art.º 133.º do CPA, ou quando o respectivo vício determine a nulidade por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo.

Na nossa modesta opinião, o facto de estar plasmado no art.º 24.º da Directiva 2014/24/UE que os Estados-Membros podem excluir os operadores económicos do procedimento de contratação pública quando exista uma situação de conflitos de interesses, traz uma maior segurança jurídica, na medida em que tutela os princípios da concorrência e da igualdade, uma vez que se assiste a uma preocupação da parte do legislador europeu em que os Estados-Membros adoptem medidas para prevenirem, identificarem e corrigirem estas situações.

Cumpre-nos mencionar que cremos que todas as situações de conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação consubstanciam situações anticoncorrenciais, uma vez que o próprio art.º 24.º da Directiva 2014/24/UE refere que “Os Estados-Membros asseguram que as autoridades adjudicantes tomem as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos.”

No entanto, no caso em apreço, o facto destes motivos de exclusão revestirem um carácter facultativo, permitindo-se aos Estados-Membros a exclusão ou não do operador económico, mediante a possibilidade de correcção através de outras medidas, menos invasivas, não deverá ser apenas um poder/faculdade. Nestes casos, em que o prestador de serviço à entidade adjudicante participa na condução do procedimento e influencia/manipula o resultado deste, obtendo para si benefícios financeiros, tanto

mais que é ele próprio o único concorrente que preenche os requisitos específicos no caderno de encargos, não deverá este motivo de exclusão do operador económico revestir um carácter facultativo, mas sim obrigatório, tendo em conta que as garantias da independência, concorrência efectiva e salutar e imparcialidade estão a ser claramente postas em causa.

A Directiva 2014/24/UE refere no seu Considerando 101, no terceiro parágrafo, que na aplicação de motivos facultativos de exclusão se deverá ter “especial atenção ao princípio da proporcionalidade.”. Acrescenta, ainda, que “Só em circunstâncias excepcionais poderão as pequenas irregularidades conduzir à exclusão de um operador económico.”. No nosso modesto entender, nos casos em que estamos perante conflito(s) de interesse(s), - como é o caso, uma vez que a entidade projectista do procedimento contratual e/ou entidade comercializadora ou prestadora de serviços, está numa posição de monopólio de mercado - não entendemos que possamos estar perante “pequenas irregularidades”. Este nosso entendimento consiste no facto de entendermos que no caso explanado houve uma intenção *ab initio* por parte da entidade projectista do procedimento concursal em restringir e distorcer a concorrência efectiva de mercado. Assim, entendemos que o concurso público teria – como foi – de ser anulado, porquanto a existência desta invalidade na base do projecto de execução é demasiado grave, sendo ofensiva do princípio da concorrência e demais princípios orientadores, o que jamais poderá se suceder no âmbito da matéria contratação pública.

3. Direito da Contratação Pública e Direito da Concorrência – Interações e relações no seio da UE

3.1. O Objectivo comum do Direito Europeu dos Contratos Públicos e Direito Europeu da Concorrência

São os próprios Estados-Membros e as entidades juridicamente habilitadas a fazer uso do poder destes a principal ameaça à concorrência. Em virtude desta constatação, foi necessário começar a realizar-se o cruzamento entre a defesa da concorrência e da contratação pública.³¹

As finalidades do Direito Europeu dos Contratos Públicos e do Direito Europeu da Concorrência são comuns, dado que, como supra se expõe, ambos visam a construção do mercado interno europeu, constituindo ambos os ramos de direito, instrumentos para a consecução de economia de mercado aberto e de livre concorrência, tal como previsto no artigo 119.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), tendo ambos os ramos de direito a função essencial para a realização do objectivo do mercado interno europeu, tal como expresso no artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE).

Não obstante a existência de um objectivo comum, estes ramos do direito têm destinatários diferentes: o Direito Europeu dos Contratos Públicos destina-se principalmente ao Estado e outras entidades públicas, ao passo que o Direito Europeu da Concorrência visa essencialmente as empresas. Há quem refira que “(...) o direito da contratação pública é direito da concorrência aplicado às compras públicas.”³²

Pesa embora a existência desta ambivalência dos campos de actuação e dos objectivos prosseguidos pelos diferentes corpos normativos, ambos os ramos europeus de direito pretendem a construção de um mercado interno.

³¹ Consegue-se facilmente constatar os diferentes objectivos dos Estados e das Instituições Europeias, muito embora tal situação não seja declarada, uma vez que aqueles pretendem perseguir o interesse nacional e exercer a sua actividade, usufruindo dos benefícios económicos da concorrência e estas, por seu lado, pretendem a inteira realização das normas da UE, garantindo uma efectiva concorrência no seu seio. *Vide*, por todos, CAUPERS, João, [et al.], EIRÓ, Vera e Cláudia Trabuco – Contratação Pública e Concorrência, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, ISBN 978-972-40-5159-8, p. 7-8.

³² CAUPERS, João, [et al.], EIRÓ, Vera e Cláudia Trabuco – Contratação Pública e Concorrência, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, ISBN 978-972-40-5159-8, p. 8.

Como decorre do art.º 1.º, n.º4 do CCP, o princípio da concorrência é especialmente aplicável aos contratos públicos, pretendendo-se com a sua observação a eliminação das práticas restritivas da concorrência, impondo-se às entidades adjudicantes a não aplicação de regras ou procedimentos que a distorçam ou limitem. Isto porque, como supra se explana, são os próprios Estados-Membros os principais ameaçadores da concorrência, na medida em que entre si pretendem, muitas vezes, obter as vantagens económicas da mesma, ao passo que as instituições europeias pretendem que seja assegurada a efectiva concorrência no âmbito da UE. Convém referir que este princípio não só se manifesta nas regras do procedimento concursal, mas também é tutelado no decurso da execução do contrato, tal como consagra o art.º 313.º, n.ºs 1 e 2, do CCP.

O CCP português de 2008 tem na sua génese as Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE³³, tendo como objectivo a realização de um mercado único europeu e de livre concorrência.³⁴

4. Direito da Contratação Pública e Direito da Concorrência no seio do direito interno português

4.1. A Concorrência como fundamento da economia de mercado

A teoria do equilíbrio geral de Arrow Debreu visa explicar o comportamento da oferta, da demanda e dos preços, numa economia em que existe uma multiplicidade de empresas a actuar em concorrência, e em que pretendem maximizar os seus lucros, bem como um Estado que produza bens públicos para a maximização do bem-estar social, atingindo-se um equilíbrio eficiente³⁵ - o “óptimo de pareto”³⁶. Este equilíbrio

³³ A Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004 trata da coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e a Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004 trata da coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

³⁴ A este respeito, ver o Ac. do Tribunal de Contas de 3/11/10, (Helena Abreu Lopes), Proc. n.º1303/2010, URL: <http://www.tcontas.pt/> (consultado em 27/02/2017).

³⁵ Diz-se que a economia é eficiente se com os recursos primários não se consegue aumentar a produção de um bem sem que se reduza a de outro. Numa perspectiva dinâmica esta regra significa

eficiente pode não ser o mais equitativo em termos de distribuição de riqueza, o que obriga a que o Estado intervenha com o objectivo de distribuir a riqueza do modo mais igualitário possível.

Visto de outro modo, o “ótimo de pareto” pode ser concretizado através da descentralização das decisões dos agentes económicos, em concorrência e através do mecanismo do mercado. Durante bastante tempo discutiu-se se o “ótimo de pareto” poderia, ou não, ser atingido através de uma economia em que existisse uma maior produção colectivizada e através de um planeamento central com algum tipo de descentralização a nível das empresas.

Herbert Simon e Hayek na teoria, e as diferentes experiências da economia socialista, demonstraram que há problemas insuperáveis de incentivos, de tratamento de informação e organizacionais que tornam este sistema muito menos eficiente.

Isto demonstrado, como supra se refere, concluiu-se que a economia de mercado é o sistema económico que se conhece com maior eficiência sendo, aliás, aceite maioria dos Estados. Assim, a concorrência é o mecanismo base do funcionamento da mesma economia de mercado, tal como fica claro pela definição que se retira do modelo de equilíbrio geral.

Através da descrição da “mão invisível” Adam Smith fez uma descoberta na teoria – é através da concorrência que as empresas baixam os preços, melhoram a qualidade dos seus serviços e produtos e conseqüentemente aumentam o lucro. Através da prossecução da redução de custos, expandem-se em novos mercados e aperfeiçoam as suas técnicas.³⁷

O objectivo da UE não é apenas a construção de um espaço de liberdade para trocas e movimentos de bens, serviços, capitais e pessoas, pretendendo igualmente que seja possível às empresas actuarem em condições semelhantes, independentemente da sua localização. Para isso há uma luta constante pela não formação de cartéis entre

que projectos de investimento só se devem realizar quando a rentabilidade é superior ao custo do capital. Esta já foi uma realidade demonstrada por Hicks.

³⁶ O “ótimo de pareto” significa que existe uma afectação de recursos em que não é possível aumentar a utilidade de uma pessoa sem que se reduza de outra.

³⁷ In MATEUS, Abel M.- Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência. [Consult. 14 de Junho de 2017. Localização web: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=54103&ida=54128.

empresas, que prejudicam em larga escala os consumidores do mercado interno Europeu.

Numa economia de mercado a existência de liberdade das empresas em definirem as suas estratégias não ser posta em causa, devendo o Estado apenas intervir quando essas actuações tenham um impacto negativo líquido no bem-estar dos consumidores, através do poder de mercado das empresas. O bem-estar social avalia-se através da liberdade e soberania que o consumidor deve ter.³⁸

4.2. O regime da política da concorrência em Portugal

A defesa da concorrência no caso do direito português teve início em 1983³⁹, resultante da consagração do disposto no art.º 99.º, al. a) da CRP, enquanto instrumento necessário à preparação de Portugal para a adesão às então Comunidades Europeias.

Como resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, os primeiros anos em que foram implementadas as normas da concorrência tiveram fraca eficiência e uma quase total inexistência de investigação e de punição das infracções no âmbito da concorrência, levando à necessidade da criação da AdC. Com a alteração legislativa de 2003, consagrou-se legalmente a independência e atribuíram-se meios à AdC para que exercessem de modo efectivo as suas atribuições. No desempenho das suas atribuições a AdC menciona no art.º 7.º dos seus Estatutos que dispõe de poderes sancionatórios – podendo identificar e investigar situações em que se possam estar a ser infringidas as normas da concorrência nacional e da UE, através de práticas que restrinjam a concorrência, tendo também a possibilidade de controlar as operações de concentração de empresas, procedendo à sua instrução e tomando decisões nesses mesmos processos, aplicando as sanções e coimas necessárias desde que previstas na

³⁸ In MATEUS, Abel M., Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência, Tomar, 13 de Janeiro de 2006, Localização web: <http://www.concorrenca.pt>, p. 3 e 5.

³⁹ Com o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, revogado pelos Decretos-Lei n.º 370/93 e n.º 371/93, ambos de 29 de Outubro, em que se dá a separação entre as práticas comerciais restritivas da concorrência e as restantes matérias tradicionalmente objecto de regulamentação jus-concorrencial. Actualmente vigora a Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, denominada de LdC.

lei. Pode, tambem,, adoptar medidas cautelares, - de poderes de supervisão – instruir e tomar decisões quanto aos procedimentos administrativos que contendam com operações de concentração de empresas que estejam sujeitas a prévia notificação, proceder à realização de estudos, auditorias e inspeções necessárias, praticar os demais actos que a lei lhe atribui competência, detém poderes de regulamentação, podendo tanto elaborar como aprovar regulamentos e outras normas, tanto de carácter geral como particular, emitir as directivas genéricas e as recomendações necessárias, e, no caso em que a Assembleia da República ou o Governo solicitem, pode pronunciar-se quanto a iniciativas legislativas ou outras contendentes com a promoção e a defesa da concorrência, sugerindo ou propondo determinadas acções regulatórias.

O art.º 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio⁴⁰, mais conhecida como a Lei da Concorrência (doravante designada LdC) atribui a esta entidade os poderes de inquérito e de inspecção que os órgãos de polícia criminal detém, tendo até os serviços da administração directa, indirecta ou autónoma do Estado, assim como as entidades administrativas independentes, o dever de lhe participar as ocorrências susceptíveis de serem consideradas restritivas da concorrência – cfr. n.º 3, do art.º 17.º da LdC.

A AdC é uma autoridade reguladora transversal, na medida em que tem vastos poderes de intervenção, aliás, pelo alargamento da actuação que lhe é conferida, nomeadamente, em sectores de actividade em que anteriormente não tinha poderes, como é o sector financeiro.

É de fazer menção a que o processo normativo de desenvolvimento do direito português da concorrência está associado, desde o início, à europeização do direito da concorrência.

Os sujeitos do direito da concorrência são as empresas, e por empresa entende-se qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. Existe dois critérios para que se considere estarmos perante um sujeito do direito da concorrência: o critério que refere que essa entidade tem de praticar uma actividade económica, isto é, ofereça bens ou serviços num mercado, tenham independência da natureza jurídica e da forma de financiamento e risco económico e potencial de lucro, independentemente do seu

⁴⁰ Que aprovou o novo regime jurídico da concorrência e revogou as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de Junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procedeu à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro.

estatuto jurídico e do seu modo de financiamento, e o critério da autonomia de decisão ou autonomia económica, isto é, duas ou mais sociedades juridicamente distintas podem ser uma única empresa, na acepção das regras de concorrência. O art.º 3.º, n.º2, da LdC explana quais os casos em que um conjunto de empresas é considerado uma única empresa, que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência, de acordo com o que é defendido pela doutrina *Enterprisa entity*.

Na acepção das regras da concorrência não são consideradas empresas as que tenham uma missão de natureza exclusivamente social governada pelo princípio da solidariedade que, pela sua natureza, regras a que está sujeita e objecto, é alheia às trocas económicas (ou seja, sejam regidas por uma lógica de solidariedade)⁴¹, exerçam prerrogativas de poder público (que se distinguem do exercício de actividade de interesse público), e que não visem os acordos entre entidades que sejam empresas encarregues da execução de um serviço público ou que sejam autoridades públicas.

A LdC estabelece o regime jurídico da concorrência, sendo aplicada às actividades económicas que sejam exercidas nos sectores privado, quer seja de carácter ocasional ou permanente (de acordo com o seu art.º 2.º, n.º1), bem como é aplicada à promoção e defesa da concorrência, nomeadamente às práticas restritivas e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos, sob reserva, naturalmente, das obrigações internacionais do Estado português (tal como é mencionado no n.º 2 do mesmo artigo).

O art.º 3.º, n.º1 da LdC, para os efeitos da lei, considera empresa “qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.”. No seu n.º2 refere quais as situações em que se considera estarmos perante uma única empresa.

⁴¹ Ac. TJ de 17/02/93, (O. Due), Procs. apensos n.ºs C-159/91 e C-160/91, URL: <http://curia.europa.eu/> (consultado em 01/03/2017).

4.3. Necessidade de regulação no mercado de concorrência perfeita

A concorrência consiste num processo de rivalidade entre os operadores económicos para a conquista de mercado, incentivando-se os operadores à inovação, eficiência, redução de custos e melhoria da qualidade dos produtos e serviços, com uma maior variedade e organização melhorada. Se isto se verificar os consumidores podem adquirir produtos e serviços de maior qualidade e a preços, sendo o bem-estar social maximizado.

A concorrência ocorre através da determinação dos preços pela oferta e pela procura, em mercados competitivos, e conseqüentemente os operadores económicos não são capazes de afectar individualmente a produção (oferta), sendo, portanto, incapazes de afectar também os preços.

Numa situação de monopólio assistimos à determinação da produção, existindo apenas uma empresa produtora de determinado bem, sendo esta empresa “price maker”, ou seja, fixa livremente o preço do produto. Os monopolistas detêm “poder de mercado” dado que a entrada de outras empresas no mercado está impossibilitada por barreiras estratégicas (devido à acção deliberada por parte destes, que procuram reduzir a concorrência) ou estruturais (por dadas características tecnológicas, legais ou económicas), o que reduz o bem-estar social, uma vez que são vendidas menores quantidades a um preço maior. O conceito é essencialmente económico, e significa que um ou mais operadores económicos têm a capacidade de aumentar, de forma duradoura ou consistente, preços de forma lucrativa, reduzindo a produção, escolha e qualidade dos produtos/serviço, diminuindo também a inovação ou influenciando de outra forma os parâmetros da concorrência. Estas situações acontecem quando os constrangimentos concorrenciais sejam insuficientes. Daí a necessidade de se regular.⁴²

A Autoridade da Concorrência deve controlar as distorções do processo competitivo, geralmente resultantes de manipulação de poder de mercado, prevenindo as acções que criem ou aumentem uma posição de poder (que não resulte de salutar concorrência), projectem uma posição de poder, explorem ou abusem uma posição de poder e distorçam de outra forma injustificada as condições de mercado. Não deve, no

⁴² In SILVA, João Correia da, Microeconomia II, 1E108, Porto, 11 de Abri de 2011, Localização web: <https://www.fep.up.pt>, p. 3 e 4.

entanto, proibir a detenção de poder de mercado (que resulte de salutar concorrência), e a concorrência genuína (melhores produtos ou produtos com custos mais baixos).

4.4. Princípios orientadores em matéria de Contratação Pública

4.4.1. Princípios da Publicidade e da Transparência

Como já supra tivemos a oportunidade de referir, o princípio da concorrência encontra-se plasmado no art.º 1.º, no n.º4 do CCP, tendo em vista assegurar o conhecimento de todos os interessados, bem como posteriormente a todos os participantes, do propósito, sentido e conteúdo das fases do procedimento, assumindo, portanto, uma posição basilar no âmbito da contratação pública.

Tem uma função preventiva e permite que os dois princípios a si conexos sejam acautelados, designadamente, o princípio da igualdade de tratamento e o princípio da imparcialidade. Como forma de lhe oferecer a importância devida, encontra-se plasmado nas directivas comunitárias em matéria de contratação pública.⁴³

Este princípio também tem uma correspondência com o princípio da publicidade, podendo entender-se que o último é uma face externa daquele, desvendando o procedimento, alargando o círculo de destinatários. Essa conexão entre o princípio da publicidade e da transparência acontece na medida em que as condições do contrato que se pretende celebrar devam ser públicas, tal como as regras que devem ser observadas para cada procedimento, exigindo-se, para isso, que estejam rigorosamente explanadas, de modo claro e simples. Com isto pretende-se que os operadores económicos, todos eles, consigam percepcioná-las e definir, claramente, os critérios para a adjudicação. Posto isto, torna-se necessária a existência de meios para controlo da tramitação procedimental, exigindo-se a fundamentação e a audiência prévia.

É de referir que, nos casos em que esteja imposto que a decisão de contratar seja publicada em Diário da República (adiante designado de Diário da República) ou no

⁴³ A Directiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Directiva 2004/18/CE, no seu capítulo III, na secção 2, relativa à Publicação e Transparência, consagra as disposições relativas à observância deste princípio.

Jornal Oficial da União Europeia (doravante designado de JOUE)⁴⁴, e se tal não for observado, estaremos perante a violação do princípio da publicidade, gerando-se um vício procedimental, nomeadamente a nulidade. Já se se tratar da falta de publicidade então a consequência será, em regra, a nulidade do procedimento. Nos casos em que um contrato, na sequência de um procedimento de ajuste directo, não seja publicitado, poderá estar em causa a ineficácia do mesmo, de acordo com o art.º 127º do CCP.⁴⁵ Daqui se depreende a importância que este princípio assume em matéria de contratação pública.

Os art.ºs 132.º, n.º1, al. n) (que menciona o que é que o programa do concurso público tem de indicar) e 139.º (relativo ao modelo da avaliação das propostas), ambos do CPP, vieram introduzir um modelo de avaliação de propostas que são, justamente, manifestações do princípio da publicidade – que como supra se disse, está integralmente conexo ao princípio da transparência - tendo em conta que ao concorrente é dada a permissão de ter conhecimento prévio do grau de certeza do seu posicionamento na ordenação das propostas ou das candidaturas.

Só poderemos considerar estar perante um respeito efectivo do princípio da transparência quando a entidade adjudicante estabelece de modo perfeitamente claro o que pretende contratar, definindo o que deseja vir a realizar e define os requisitos de acesso ao procedimento, bem como quais são os elementos fundamentais a constar nas propostas/candidaturas e os critérios a usar na avaliação dos mesmos. Tal deve ser observado tanto no programa do procedimento, como no caderno de encargos, nos termos do disposto nos art.ºs 132º, 164.º *ex vi* 193.º, 206.º, e 42.º, todos do CCP. Este princípio pode estar a ser violado quando as peças dos procedimentos sejam elaboradas de modo a que os operadores económicos sintam um elevado nível de discricionariedade por parte das entidades adjudicantes.

⁴⁴ O concurso público é um procedimento totalmente aberto, existindo este dever de publicitá-lo em DR e, em geral, no JOUE.

⁴⁵ In BRITO, Miguel Nogueira, Os Princípios Jurídicos Concurais, Lisboa, Janeiro de 2011, Localização web: <https://www.ijp.pt>, p. 25.

4.4.2. Princípio da concorrência

Os princípios orientadores na formação dos contratos públicos são os princípios gerais da administração pública resultantes dos art.ºs 266.º da CRP e 3.º a 12.º do CPA, (como são os princípios da legalidade, transparência, proporcionalidade, boa fé e imparcialidade). A actividade da contratação pública é orientada por princípios específicos, tais como os da pré-determinação e estabilidade de regras e critérios, objectividade e reconhecimento mútuo.⁴⁶

A doutrina nacional tem tratado de modo extensivo o conteúdo destes princípios, identificando-se a particular importância dos princípios patentes no art.º 1.º, n.º4 do CCP, sendo, como já se teve a oportunidade de mencionar, especialmente aplicáveis no âmbito da contratação pública. Nas palavras de Alexandra Leitão “a concorrência tornou-se o principal – para não dizer o único – objectivo dos procedimentos pré-contratuais...”⁴⁷. Assiste-se a uma convicção generalizada de que a observação das regras concorrenciais no seio dos procedimentos pré-contratuais conduz à melhoria das propostas apresentadas, bem como garante que a contratação pública não distorce a concorrência de mercado. Actualmente a concorrência visa que a actuação da Administração não distorça o normal funcionamento do mercado, e não tanto visa a celebração do contrato que prossiga o interesse público. Daí que o CCP regule no seu art.º 16.º, n.º1 quais são expressamente os contratos cujo objecto abranjam prestações que estão ou são susceptíveis de estar submetidos à concorrência de mercado, como são a empreitada de obras públicas, a locação ou aquisição de bens móveis, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos e aquisição de serviços e sociedade, e já o art.º 5.º, n.º1 exclui do seu âmbito os contratos que não estão sujeitos.

A concorrência impõe a observação especialmente cuidada do princípio da legalidade, traduzido na tipificação dos procedimentos pré-contratuais, previstos no art.º 16.º, n.º1 do CCP, e além disto a lei consagra critérios rígidos para a opção por cada um deles.

⁴⁶ NEVES, Ana Fernanda, Os Princípios da Contratação Pública, in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia – Volume II, Coimbra Editora, 2011, p. 29 e ss.

⁴⁷ LEITÃO, Alexandra, Lições de Direito dos Contratos Públicos, Parte Geral – Edição AAFDL, Lisboa, 2014, depósito legal 369478/14, p.87.

Uma vez que o principal objectivo da concorrência é assegurar a melhor prossecução do interesse público o direito da concorrência é um meio para o atingir, devendo existir uma ponderação entre a aplicação destes princípios. É que se o princípio da concorrência for aplicado com um rigor tal pode conduzir ao afastamento de melhores propostas ou até à obrigação de serem adjudicados contratos a concorrentes com propostas piores devido a aspectos jurídico-formais, o que coloca em causa o princípio da prossecução do interesse público.

Os princípios da igualdade, boa fé, proporcionalidade e imparcialidade permitem que haja um controlo da Administração, afastando soluções arbitrárias e garantindo a necessária flexibilidade.

A concorrência deve, então, prosseguir o interesse público, devendo a contratação pública estar subordinada aos fins públicos prosseguidos pela entidade adjudicante.

O CCP tem como principais fins a realização do mercado único europeu, garantindo os princípios da transparência, proporcionalidade e concorrência. A este propósito estabelece procedimentos que devem ser seguidos no âmbito de determinados contratos celebrados pelas entidades adjudicantes que ultrapassem determinados limiares, nomeadamente, a sua publicação em todo o território da UE. Sabe-se que estes princípios devem ser aplicados à actividade da contratação pública uma vez que constam do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (adiante designado TFUE), mesmo que tal não conste nem das Directivas da UE, nem do CCP, isto é, mesmo que um contrato público celebrado por uma entidade adjudicante tiver valor inferior aos limiares estipulados nas Directivas da UE deverá ser analisado à luz dos princípios acima mencionados⁴⁸. Tal é mencionado pela Comunicação da Comissão Europeia sobre o Direito da União Europeia que se aplica à adjudicação de contratos não abrangidos, ou que estejam abrangidos apenas de modo parcial, pelas directivas europeias relativas aos contratos públicos.⁴⁹ Esta interpretação tem como alicerces as decisões que têm vindo a ser proferidas pelo Tribunal de Justiça da União

⁴⁸ TRABUCO, Cláudia, EIRÓ, [et al.], EIRÓ, Vera e Cláudia Trabuco – Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa - Contratação Pública e Concorrência, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, ISBN 978-972-40-5159-8, p. 14.

⁴⁹ Comunicação interpretativa da Comissão n.º 2006/C 179/02, publicada no JOUE de 1 de Agosto de 2008 e disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

Europeia, que tem vindo a argumentar que os Estados-Membros devem atender ao cumprimento de certos princípios fundamentais na adjudicação de contratos com valores inferiores ao limites da UE sempre que estes assumam uma relevância no âmbito do mercado interno, devendo por isso ser publicada a intenção da sua celebração para que os interessados nele tenham a possibilidade de apresentar as suas propostas⁵⁰.

Temos que fazer alusão à diferença entre o princípio da concorrência no âmbito do Direito da Concorrência e o princípio da concorrência no âmbito dos contratos públicos. É que no domínio da contratação pública este princípio decorre da aplicação dos princípios da igualdade e das liberdades de circulação no mercado europeu, pretendendo-se a participação do melhor e maior número de candidatos ou concorrentes, afastando-se as barreiras no acesso ao mercado e garantindo-se “uma aplicação sã das “regras do jogo” pré-contratual por parte de todos os sujeitos nele envolvidos.”⁵¹. A primeira acepção não significa que o procedimento “mais concorrencial” por ser mais extensível a um maior número de concorrentes seja o imposto, nem o CCP português impõe qualquer hierarquia entre os mesmos, pelo que neste sentido se vislumbra a observação do princípio da concorrência através da demarcação de barreiras a que as entidades adjudicantes devem respeitar na sua escolha, devendo as mesmas entidades adoptarem procedimentos para promover a prossecução do interesse público e suscitar o interesse do maior número possível de candidatos, não devendo por isso adoptar medidas que tenham como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência. Já na segunda acepção o que se vislumbra é que o princípio da concorrência muitas vezes se sobrepõe ao princípio da igualdade, na medida em que este último acaba por ser um corolário do mesmo, nomeadamente quando a entidade adjudicante tem de ter uma actuação objectiva para não favorecer ou prejudicar concorrentes em prol de outros. Cláudia Viana diz, a esse respeito, que a

⁵⁰ A este respeito ver Ac. TJ de 21/07/05, Proc. n.º C-231/03, URL: <http://curia.europa.eu/>. (consultado em 27/03/2017), a este respeito, p. I-07287, par. 16, 20 ; Ac. TJ de 7/12/00, Proc. n.º C-458/03, URL: <http://curia.europa.eu/>. (consultado em 27/03/2017), a este respeito, p. I-08585, par. 46;

⁵¹ Formulação pertencente a OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, e Mário Esteves de Oliveira – Concursos e outros procedimentos de contratação pública, Coimbra: Almedina, 2011, p. 185-189.

concorrência entre empresas é “um dos resultados que se obtém, a par de outros, como a melhor gestão dos dinheiros públicos e combate à fraude e corrupção”.⁵²

A força do princípio da concorrência no âmbito da contratação pública portuguesa verifica-se pela consagração de determinadas normas a que os entes privados se vêm sujeitos enquanto agentes de mercados. Um exemplo disto mesmo que se acaba de referir é que da violação de normas jus-concorrenciais pode resultar a exclusão de propostas que revelem “fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência”, conforme menciona o art.º 70.º, n.2 do CCP, devendo estas situações ser comunicadas no imediato à Autoridade da Concorrência, de acordo com o n.º 3 do mesmo artigo. Este aspecto revela que não se olha apenas para a concorrência no âmbito do próprio procedimento de contratação pública mas também se deve ter uma visão externa do mesmo, ou seja, a assunção da defesa das regras da concorrência também é tida em conta no mercado e no cumprimento das regras da concorrência de âmbito geral.

No CCP dá-se conta de que o respeito pelo princípio da concorrência deve existir aquando do lançamento de qualquer procedimento por parte da entidade adjudicante, devendo também o júri das propostas ter em conta o mesmo princípio, tanto dentro como fora do âmbito do procedimento de contratação pública.

A relação existente entre o direito da contratação pública e o direito da concorrência deve ser articulada eficazmente no cumprimento das normas procedimentais dos contratos públicos e a concorrência deve ser vista de um modo mais global, devendo então o princípio da concorrência ser aplicado no funcionamento do mesmo e na relação dele com o mercado. Para que tal aconteça são necessários mecanismos para que o objectivo da concorrência seja cumprido. Para Cláudia Trabuco será útil que “o princípio da concorrência assuma no contexto da contratação pública o objectivo de garantir a protecção da concorrência como instituição”^{53,54} O que se pretende é que o princípio da concorrência ganhe ainda mais relevância como

⁵² VIANA, Cláudia – Os princípios comunitários na contratação pública, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, ISBN 9789723215175, p.171.

⁵³ O mesmo já foi defendido pela Advogada Geral Christine Stix-Hackl na Opinião proferida em 1 de Julho de 2004 no caso C-247/02, *Sintesi SpA v Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, in CJ 2004, p. I-9224, par. 36.

⁵⁴ EIRÓ, Vera e Cláudia Trabuco, Cláudia Trabuco – Contratação Pública e Concorrência, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, ISBN 978-972-40-5159-8, p. 19.

trave-mestra da contratação pública, não obstante a importância que tem vindo a ganhar na jurisprudência do Tribunal de Justiça como fonte limitativa da actuação das entidades adjudicantes, sendo que com esta aproximação permitirá o reforço de complementaridade que deve existir entre os dois domínios. A este respeito o Tribunal Central Administrativo Norte refere que “O princípio da concorrência é actualmente a trave-mestra da contratação pública.”⁵⁵

4.5. Práticas restritivas da Concorrência na Contratação Pública

Como acima foi dito, o princípio da concorrência no âmbito dos contratos públicos deve ser observado com a finalidade de afastar as barreiras de acesso ao mercado, permitindo a participação do maior e melhor número possível de concorrentes ou candidatos, tendo-se em vista uma “concorrência efectiva e sã”.⁵⁶

O capítulo II da Lei da Concorrência (adiante designada de LdC)⁵⁷ prevê as práticas restritivas da concorrência, elencando-se no seu art.º 9.º a proibição de acordos, práticas concertadas e decisões de associações entre empresas, referindo o artigo seguinte, art.º 10.º, as circunstâncias em que essas situações se consideram justificadas. Já o art.º 11.º diz respeito à proibição de abuso de posição dominante de empresas, bem como às circunstâncias em que poderemos estar perante tais posições.

A secção II desta lei plasma todo o processo sancionatório relativamente à observância das práticas que restringem a concorrência.

O direito da concorrência assenta em três proibições que são centrais, nomeadamente, os acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas (art.º 9.º da LdC), abusos de posição dominante (art.º 11.º da LdC) e abuso de dependência económica (art.º 12 da LdC).

O art.º 9.º da LdC determina que devem ser adoptadas medidas que proíbam: os acordos que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional, excepto nos casos

⁵⁵ Ac. TCAN de 7/10/11, Proc. n.º 00225/11.3BECBR., URL: <http://www.dgsi.pt/>. (consultado em 03/04/2017).

⁵⁶ EIRÓ, Vera e Cláudia Trabuco, Cláudia Trabuco – Contratação Pública e Concorrência, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, ISBN 978-972-40-5159-8, p. 16.

⁵⁷ Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

em que se considerem justificados, de acordo com o n.º 2 do mesmo preceito legal, e tem correspondência com o art.º 101.º, n.º1, do TFUE que menciona que “São incompatíveis com o mercado comum e proibidos (...) todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afectar o comércio entre os Estados- Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum (...)” e no n.º 2 que “São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.”.

É de fazer referência à diferença entre acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, embora todos eles sejam práticas conclusivas. A AdC define como práticas conclusivas as que englobam comportamentos que são tomados por empresas diferentes, coordenadas entre si e que o que pretendem com essas práticas é que deixe de existir incertezas e riscos perante a conduta de cada uma dessas empresas, isoladamente. Assim, substituem as condutas da empresas que actuem isoladamente por um acordo de vontades e/ou um conclusão de procedimentos.

Sempre que estejamos perante empresas que se coordenem entre si ou exista colusão entre elas poderemos estar perante práticas restritivas da concorrência, na medida em que as empresas devem actuar no mercado concorrencial de forma absolutamente autónoma. Estas práticas conclusivas que restringem a concorrência estão previstas na LdC e no art.º 101.º do TFUE, sendo puníveis sempre que pretendam, ou sejam susceptíveis de falsear, impedir ou restringir a concorrência, através dessas empresas prescindirem da sua autonomia no mercado, eliminando o risco da concorrência.

Por acordos entenda-se que são as formas mais explícitas deste tipo de coordenação dos comportamentos das empresas no mercado, podendo acontecer através de contratos escritos ou verbais e outros meios que não revistam carácter vinculativo. Estes acordos podem ser verticais, entre empresas que se situem em níveis diferentes das cadeiras de distribuição ou de produção, *—v.g.,* através da fixação de preços ou de mínimos de revenda - ou horizontais (cartéis), isto é, dão-se entre empresas que são concorrentes entre si, encontrando-se exactamente no mesmo nível

de distribuição ou de produção - *v.g.*, quando produtores de bens concorrentes fazem acordo entre si através da fixação de preços.

Relativamente à formação de cartel, o Conselho da OCDE realizou uma recomendação, no ano de 1998, acerca de uma acção efectiva contra os cartéis injustificáveis- *Hard core cartels*. Este pressupõe a existência de um acordo, uma prática concertada ou um “arranjo” (coligação,...) “para fixação de preços, apresentação de propostas combinadas (conluio em concursos públicos), estabelecer restrições à produção ou quotas, ou partilhar ou dividir mercados pela atribuição de clientes, fornecedores, territórios ou áreas de actividade”.

Já as práticas concertadas são distintas dos acordos tendo em vista a intensidade e a forma como se manifestam, ocorrendo quando as empresas se coordenam sem que tenha existido um acordo propriamente dito, pretendendo com tal coordenação eliminar os riscos da concorrência, podendo dar-se através, por exemplo, de um paralelismo de comportamentos das empresas que não seria possível alcançar em condições normais de mercado, dado o número de empresas, a natureza dos produtos e etc., que é sustentado por elementos que indiquem essa coordenação, isto é, as empresas trocam entre si informações, contactos, etc..

É de referir que além das práticas que fazem com que aconteçam restrições sensíveis da concorrência – consagradas no art.º 9.º da LdC – existe as práticas que são acordos com menor importância, ou seja, trata-se de comunicação de *minimis* da Comissão. Assim, são restrições da concorrência que não são consideradas sensíveis nos termos do art.º 101.º, n.º 1, do TFUE, uma vez que são quantificados, recorrendo-se a limiares de quotas de mercado de 10%, 15% e 5%, sendo que estes limiares não são aplicáveis às seguintes restrições consideradas graves: quando há repartição de clientes ou fixação de preços de venda de produtos a terceiros, ou ainda, quando há a limitação da produção ou das vendas.

Por decisões de associações de empresas deve entender-se, de acordo com a decisão da Comissão Europeia de 5 de Junho de 1996, IV/34.983 – FENEX, que é a “expressão fiel da vontade da associação de coordenar o comportamento dos seus membros no mercado em causa”. São actos formalmente unilaterais, isto é, da associação, no entanto expressam a vontade dos membros/associados, isto é,

expressam uma vontade colectiva. Neste caso, para efeitos da concorrência, considera-se que nestes casos estamos perante uma “associação de empresas”. Esta “associação de empresas” trata-se de uma entidade que agrega várias pessoas singulares ou colectivas (empresas, por exemplo) e que representa os interesses daqueles que são seus associados – é o caso de Ordens Profissionais, Associações Patronais, Cooperativas e etc. Para efeitos do direito da concorrência deve-se considerar que estamos perante uma decisão estas associações quando existe comportamentos que demonstrem a vontade coordenada dos membros dessa associação no mercado.

No âmbito da contratação pública há formas de colusão, em que há apresentações de propostas em concursos públicos, por parte de concorrentes que estão previamente coordenados, ilicitamente, com o único propósito de obterem benefícios à custa do erário público.

Outra das proibições elencadas tem que ver com os abusos de posição dominante (art.º 11.º da LdC e art.º 102.º do TFUE), e com as concentrações que entrem significativamente uma concorrência efectiva no mercado (nacional ou europeu) ou numa parte significativa do mesmo.

Do mesmo modo também são proibidas as práticas individuais/unilaterais que restrinjam o comércio, como sejam as vendas com prejuízo, as práticas discriminatórias, as práticas negociais abusivas e as recusas de venda⁵⁸, e os abusos de dependência económica (de acordo com o art.º 12.º da LdC).

À AdC, no seguimento dos poderes que lhe são conferidos, compete-lhe investigar e decidir os processos contra-ordenacionais quanto às práticas que restringem a concorrência, isto é, aquelas que violam o disposto nos art.ºs 9.º, 11.º, 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio⁵⁹, e dos art.ºs 101.º e 102.º do TFUE.⁶⁰ Para o

⁵⁸ De acordo com o Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de Dezembro.

⁵⁹ Os art.ºs 9.º, 11.º, 12.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência, referem-se, designadamente, à proibição de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, (art.º 9.º), abuso de posição dominante, (art.º 11.º) e abuso de dependência económica (art.º 12.º).

⁶⁰ A AdC investiga e sanciona a violação do disposto nos art.ºs 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, bem como a violação das normas do TFUE, nomeadamente, 101.º e 102.º, tal como são tipificadas expressamente como contra-ordenação, no art.º 68.º, n.º1, al. b), da Lei n.º19/2012, de 8 de Maio. A aplicação das disposições do TFUE pela AdC está regulamentada pelo Regulamento (da CE) com o n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência que são estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, Jornal Oficial n.º L 001

eventual sancionamento destes ilícitos, pode realizar pedidos de informação, inquirições orais ou de diligências de buscas e apreensões, de acordo com o Novo Regime Jurídico da Concorrência. A AdC utiliza os poderes de investigação que lhe são conferidos, mediante o caso concreto, carecendo apenas da autorização de autoridade judiciária competente para poder realizar buscas e apreensões, de acordo com o art.º 18.º, n.º2, estando, de todo o modo, os funcionários da AdC que levam a cabo essas diligências munidos de uma credencial cuja emissão é da AdC, de acordo com o n.º 4, desse mesmo artigo. A investigação levada a cabo por esta entidade pode recair sobre empresas, associações de empresas, ou outras pessoas singulares ou colectivas em que se vise necessária a investigação. De acordo com a al. e), no n.º1, do art.º 18.º da LdC, pode ainda solicitar a colaboração de outros serviços da Administração Pública, como das entidades públicas adjudicantes, reflectindo-se esta colaboração como benéfica e fundamental na maioria dos casos de investigações de ilícitos praticados no âmbito da contratação pública.

As práticas concertadas entre empresas ocupam o maior número de processos decisórios da AdC, uma vez que estas podem revestir variados comportamentos por partes destas, tendo como “objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”, e as formas que esses comportamentos podem revestir estão elencadas de modo não exaustivo, nomeadamente, “a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;” c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.”, estando elencadas no art.º 9.º, n.º1, da lei n.º 19/2012, de 8 de Maio. Nos casos em que não há definição legal, os conceitos de acordo e de práticas concertadas entre empresas resultam da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. De mencionar que estes acordos não têm necessariamente de obedecer a um formalismo, podendo ser um “acordo de cavalheiros”, desde que para isso seja a

“expressão da fiel vontade comum dos membros do acordo sobre o seu comportamento no mercado”, tal como é mencionado no Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.07.1970, ACF Chemiefarma/Comissão, no proc.º n.º 41/69, considerando 112.

5. Os novos motivos de exclusão na Directiva 2014/24/UE

Com a Directiva 2014/24/UE, o legislador europeu pretendeu, como em qualquer outro acto secundário que emite, harmonizar a disciplina das situações que permitem às entidades adjudicantes afastar certos operadores económicos dos procedimentos adjudicatórios, através das exclusões. Estas exclusões têm como objectivo concretizar as circunstâncias que permitem às entidades adjudicantes excluir um interessado, em virtude de razões que têm que ver com a sua honestidade profissional, solvabilidade ou fiabilidade. Tal escolha do adjudicatário prende-se tanto com a avaliação das pessoas dos candidatos ou proponentes, como com a avaliação das suas ofertas, isto é, deve ter-se em conta os critérios de selecção qualitativa dos operadores económicos e os critérios que têm directa conexão com a adjudicação do contrato. O legislador europeu não só pretendeu alcançar os objectivos a que anteriormente se alude, como também pretendeu assegurar o respeito pelo princípio da concorrência, tal como se encontra consagrado no art.º 57.º, n.º4, al. d), da Directiva da UE a que se alude, uma vez que consagra como motivo de exclusão de um operador económico na participação de um procedimento de contratação “Se a autoridade adjudicante tiver inícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência;”, e na al. f), consagrando que “f) Se houver uma distorção da concorrência decorrente da participação dos operadores económicos na preparação do procedimento de contratação, a que se refere o artigo 41.º, que não possa ser corrigida por outras medidas, menos invasivas;”.

No caso, os novos motivos de exclusão relacionam-se com a averiguação do critério de selecção qualitativa, nomeadamente quanto à inexistência de motivos que levem à exclusão dos candidatos ou proponentes do procedimento adjudicatório – que correspondem aos impedimentos previstos no art.º 55.º do CPP.⁶¹

O sistema de exclusões que estava vertido na Directiva que antecedeu a de 2014, distinguia as causas de exclusão como sendo obrigatórias – as elencadas no n.º1 do art.º 45.º do CCP- e as facultativas – patentes no n.º2 do mesmo artigo. A nova directiva da UE mantém esta dicotomia.

A alteração aos motivos de exclusão dos operadores económicos prende-se com o facto de as novas Directivas da UE visarem tornar os procedimentos de formação de contratos públicos mais transparentes e abertos para a generalidades dos operadores económicos europeus, para que estes possam disponibilizar os seus serviços e produtos no seio de toda a União Europeia. A nova Directiva a que supra se alude adopta medidas mais robustas, com vista a procedimentos sólidos, alargando e reforçando os motivos para a exclusão de procedimentos de contratação pública. Assim, dão uma definição clara e nova de conflitos de interesses, exigindo aos Estados-Membros a adopção de medidas que previnam, identifiquem e corrijam estas situações, bem como as em que há favorecimento à corrupção. O que pretende acautelar é a existência de uma maior justiça e transparência, equitatividade e não discriminação, no seio dos procedimentos, tendo em conta que os conflitos de interesses e restantes condutas ilegais são extramente prejudiciais para o salutar desenvolvimento dos procedimentos de adjudicação de contratos públicas e para a aplicação das normas que orientam a contratação pública, nomeadamente, pretendendo o legislador europeu uma concorrência efectiva no seu seio.

Como já se explanou, à semelhança do que se sucedeu com textos legais anteriores, esta nova directiva da contratação pública foi adoptada ao abrigo de normas primárias – do TFUE – com vista à construção do mercado interno europeu, considerando o

⁶¹ A este respeito cumpre-nos referir que, de acordo com o critério de selecção qualitativa, além de serem tidos em conta os motivos de exclusão, é também tida em conta a sua “capacidade económica e financeira” e da “capacidade técnica e profissional” – entre nós na fase de qualificação – e, a habilitação para o exercício da actividade profissional – a que corresponde, entre nós, à habilitação profissional prevista nos n.ºs 2, 3, 4 e 6 do art.º 81.º do CCP.

legislador europeu que em contratos que atinjam determinados valores devem ser estabelecidas regras harmonizadoras dos diversos procedimentos adjudicatórios dos diferentes Estados-Membros. A redacção desta nova directiva teve como objectivo a coordenação legislativa a realização da “liberdade de estabelecimento” e da “livre prestação de serviços”, bem como que a concorrência se desenvolvesse de um modo efectivo “fomentando uma manifestação de interesses tão ampla quanto possível entre os empreiteiros dos Estados-Membros”.⁶²

5.1. Exclusões facultativas

Quanto às exclusões facultativas, na anterior directiva de 2004, naquelas circunstâncias o operador económico "podia ser excluído" - de acordo com o art.º 45.º, no seu n.º 2 da Directiva 2004/18/CE. Assim, os Estados-Membros tinham liberdade para decidir se estes fundamentos de exclusão deveriam ser colocados, ou não, à disposição das suas entidades adjudicantes. Não estavam, portanto, obrigados a escolher estes fundamentos no seu direito interno. A respeito disto pronunciou-se a jurisprudência do TJUE, que tem assinalado que o direito da União Europeia não previa aplicação uniforme das causas de exclusão, isto é, “os Estados-Membros têm o poder de moderar ou de tornar (os critérios da directiva) mais flexíveis.”⁶³

Na anterior directiva referia que as autoridades adjudicantes poderiam excluir ou poderiam ser solicitadas a fazê-lo, pelos Estados Membros. Com o novo texto legal introduziram-se ajustes, confirmando o legislador europeu que os Estados-Membros podem incorporar as exclusões facultativas no seu direito interno, em termos vinculativos para as suas entidades adjudicantes. A anterior directiva de 2004 não se

⁶² Ac. TJ de 16/12/2008 (A. Rosas e K. Lenaerts), Proc. n.º C-213/07, URL: <http://curia.europa.eu/>. (consultado em 20/05/2017). A este respeito, ver o parágrafo 39 do aludido acórdão. No mesmo sentido foi proferida decisão pelo mesmo Tribunal, no Ac. TJ de 10/07/2014 (C. Vajda), Proc. n.º C-358/12, URL: <http://eur-lex.europa.eu/>. (consultado em 20/05/2017). A este respeito ver parágrafo 29 do aludido acórdão, que refere que “é do interesse da União que em matéria de liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços seja assegurada a maior abertura possível do concurso à concorrência.”

⁶³ Ac. TJ de 9/02/06 (E. Juhász), Proc.s apensos n.ºs C-226/04 e C-228/04, URL: <http://curia.europa.eu/> (consultado em 20/05/2017), nomeadamente, ver a este respeito, o parágrafo 23 do aludido acórdão, e Ac. TJ de 10/07/2014 (C. Vajda), Proc. n.º C-358/12, URL: <http://eur-lex.europa.eu/>. (consultado em 20/05/2017), nomeadamente, parágrafo 36.

opunha de modo expresso a que isto acontecesse, mas este novo diploma veio eliminar qualquer incerteza a este respeito.⁶⁴ Aliás foi este o método adoptado pelo legislador português, na medida em que quando verificados os impedimentos presentes no art.º 55.º do CCP, impõe-se a exclusão do interessado em causa ⁶⁵– Elenco que também integra as exclusões enunciadas pela directiva de 2004 como facultativas.

A leitura que fazemos do que acabamos de mencionar é que com a incorporação pelas entidades adjudicantes das exclusões facultativas, em termos vinculativos, passa a existir uma maior segurança jurídica no âmbito da contratação pública, na medida em que às entidades adjudicantes é conferida a possibilidade de excluir um interessado por razões que se prendem com a sua honestidade profissional, solvabilidade ou fiabilidade, uma vez que os operadores económicos são submetidos a critérios de selecção qualitativa, atendendo-se tanto à sua capacidade económica como à sua capacidade técnica e profissional – avaliação que ocorre no direito português da contratação pública nos procedimentos que comportam uma fase de qualificação, isto é, no concurso limitado por prévia qualificação, procedimento por negociação e diálogo concorrencial -, à habilitação para o exercício da actividade profissional – entre nós, plasmado como sendo a habilitação profissional prevista nos n.ºs 2, 3, 4 e 6 do art.º 81.º do CCP -, e à inexistência dos motivos de exclusão – entre nós correspondente aos impedimentos previstos no art.º 55.º do CCP.

Com a possibilidade de as autoridades adjudicantes poderem ser solicitadas por parte dos Estados-Membros a excluir o respectivo operador económico, entendemos que há uma contribuição para uma maior segurança e certezas jurídicas, contribuindo para que se alcance o fim último da construção do mercado único europeu, bem como que contribui para o respeito efectivo da concorrência no seio do mesmo. A consagração dos motivos de exclusão facultativos no âmbito dos direitos internos dos Estados-Membros contribui para o combate à corrupção e às práticas de distorção da

⁶⁴ H.-J. PRIEB menciona uma “situação incerta” no âmbito do art.º 45.º da Directiva 2004/18/CE [cf. “The Rules on Exclusion and Self-Cleaning Under the 2014 Public Procurement Directive”, *Public Procurement Law Review (PPLR)*, 2014, n.º3, p.113]. No sentido de que a letra da Directiva 2004/18/CE não obstava a este método, cf. S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 1238.

⁶⁵ De acordo com o disposto no art.º 146.º, n.º2 do CCP, o júri deve propor a exclusão das propostas dos concorrentes de que haja conhecimento quando verificar alguma das situações previstas no art.º 55.º do CCP. No mesmo sentido dispõem os art.ºs 122.º, n.º2 e 184.º, n.º2, al. c), ambos do CCP.

concorrência, na medida em que, mesmo que um Estado-Membro não entenda que determinada circunstância seja um motivo para excluir um operador económico, pode ser obrigado a fazê-lo, uniformizando, assim, as práticas da contratação pública no seio da UE.

A existência das liberdades fundamentais do mercado comum pode ser insuficiente para que a liberalização dos “mercados públicos” à escala da União seja promovida, tornando-se necessário que o legislador europeu emita actos secundários para que seja alcançada a harmonização das diferentes regulamentações em matéria dos contratos públicos.

O novo elenco de exclusões facultativas traz consigo uma novidade. Além de serem contemplados os motivos que têm que ver com as “qualidades profissionais” dos operadores económicos, passam a ser contempladas, também, as causas de exclusão que têm como alicerces o respeito pelos princípios da igualdade entre os operadores económicos e da transparência no procedimento – que, como se sabe, são princípios basilares do direito da contratação pública- (v.g. as exclusões por existência de conflitos de interesses ou da participação na preparação do procedimento).

5.2. Reformulações e novos impedimentos

O legislador europeu reformulou a tipificação de situações inabilitantes que já existiam na Directiva de 2004 e, por outro lado, consagrou novos motivos de exclusão facultativa.⁶⁶

Pensamos que houve a necessidade de tipificação destas circunstâncias tendo em conta que o TJUE se opõe a que os Estados-Membros prevejam nos seus ordenamentos jurídicos causas de exclusão que sejam exorbitantes aos fundamentos do direito europeu.

Neste sentido o TJUE proferiu no acórdão *La Cascina* que as disposições do direito europeu secundário estabelecem que “os únicos limites da faculdade dos Estados Membros, no sentido de que estes não podem prever causas de exclusão

⁶⁶ Sobre isto devemos debruçar-nos sobre o art.º 57.º, no seu n.º4, da Directiva 2014/24/UE.

diferentes das que (nelas) são previstas.”. ⁶⁷ Também no acórdão *Michaniki* o mesmo Tribunal considerou que o elenco de fundamentos de exclusão que consta da Directiva 93/37/CEE deve interpretar-se “no sentido de que enumera de forma taxativa as causas suscetíveis de justificar a exclusão (...) por razões relativas às suas qualidades profissionais e baseadas em elementos objectivos.”.⁶⁸ Desta forma, os Estados-Membros podem “prever além das causas de exclusão baseadas em considerações objectivas sobre a qualidade profissional, taxativamente enumeradas (...), 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 dos contratos públicos.”.

A faculdade de exclusão de operadores económicos que os Estados-Membros detêm deve ser limitada pelo princípio da proporcionalidade, de acordo com o qual “essas medidas não devem ir além do que necessário para alcançar esse objetivo de igualdade.” ⁶⁹

Com a exclusão de interessados assistimos a uma restrição no acesso ao procedimento adjudicatório, diminuindo-se, portanto, a concorrência, daí a necessidade em tipificar os motivos de exclusão, tanto os obrigatórios como os facultativos, para que a observância dos princípios basilares da contratação pública seja assegurada, nomeadamente, o que aqui nos propomos a tratar, ou seja, o princípio da concorrência.

5.3. Exclusão de operador económico do procedimento contratual em virtude de existência de distorções da concorrência

No que agora diz respeito às distorções da concorrência, o art.º 57.º, n.º4, al. d) da nova Directiva 2014/24/UE menciona que “As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador eco-

⁶⁷ Ac. TJ de 9/02/06 (E. Juhász), Proc.s apensos n.ºs C-226/04 e C-228/04, URL: <http://curia.europa.eu/> (consultado em 20/05/2017). A este respeito, ver o parágrafo 22 do aludido acórdão.

⁶⁸ Ac. TJ de 16/12/2008 (A. Rosas e K. Lenaerts), Proc. n.º C-213/07, URL: <http://curia.europa.eu/>. (consultado em 20/05/2017). A este respeito, ver o parágrafo 43 do aludido acórdão.

⁶⁹ Ac. TJ de 16/12/2008 (A. Rosas e K. Lenaerts), Proc. n.º C-213/07, URL: <http://curia.europa.eu/>. (consultado em 20/05/2017). A este respeito, ver os parágrafos 47 e 48 do aludido acórdão. Assistiu-se a uma reafirmação desta mesma doutrina no Ac. TJ de 19/05/09 (E. Juhász), Proc. n.º C-538/07, URL: <http://eur-lex.europa.eu/>. (consultado em 20/05/2017).

nómico da participação num procedimento de contratação” na situação em que “... a autoridade adjudicante tiver indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência”.

Para Pedro Costa Gonçalves o legislador europeu pretendeu que as entidades adjudicantes estivessem vigilantes quanto à aplicação das regras da concorrência.⁷⁰ No entanto, não se consegue compreender claramente se a intenção do legislador é que as entidades adjudicantes tenham em atenção às infracções jus-concorrenciais que aconteçam no próprio procedimento, ou se, por outro lado, pretende que estas entidades estejam atentas quanto a quaisquer acordos ilícitos estranhos ao procedimento.

No nosso entendimento parece-nos que o legislador pretendeu assegurar ambas as situações, tanto mais que a observação do princípio da concorrência, com origem na legislação europeia, tem uma “importância prática no âmbito dos procedimentos concretos de contratação pública tanto na perspectiva do procedimento em si mesmo considerado como também na interação deste último com o mercado.”⁷¹ Não nos parece fazer sentido que o legislador europeu pretendesse apenas acautelar uma ou outra situação, tendo em conta que o princípio da concorrência deve ser visto de um modo amplo, dentro e fora do âmbito do procedimento da contratação pública. Assim, não só interessa conhecer as infracções jus-concorrenciais que aconteçam no âmbito do próprio procedimento, como também quanto a quaisquer acordos ilícitos estranhos ao procedimento, sendo certo que somos da opinião de que deveriam apenas ser consideradas as decisões já tenham transitado em julgado, sob pena de, se assim não fosse estarmos a cair numa injustiça tremenda para com os operadores económicos sobre os quais não tivesse recaído uma decisão judicial nesse sentido.

⁷⁰ GONÇALVES, Pedro Costa, *Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)*, Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume I, Coimbra, Almedina, 2012, p. 514.

⁷¹ EIRÓ, Vera e Cláudia Trabuco, *Cláudia Trabuco – Contratação Pública e Concorrência*, 1.^a ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, ISBN 978-972-40-5159-8, p. 18.

Este motivo de exclusão tem sido associado pela doutrina ao combate do “big-rigging”, ou “collusive tendering”, ou seja, a comportamentos anti-concorrenciais no contexto da contratação pública. Deste ponto de vista, além de estarmos perante uma censura à não observância das regras da concorrência, esta exclusão teria o propósito de fazer garantir que as regras jus-concorrenciais sejam observadas, no âmbito dos procedimentos adjudicatórios. No entanto, tal como a doutrina já vem defendido, parece que não é certo que a letra da directiva exclua do âmbito deste impedimento as ofensas às regras da concorrência que ocorressem no exterior do procedimento pré-contratual.⁷²

Uma das dúvidas da redacção deste motivo de exclusão, comparando com a norma 101º do TFUE, é que as duas normas são distintas. É que o art.º 57.º, n.º4, al. d) da Directiva apenas coloca em causa os acordos celebrados entre operadores económicos com o objectivo de distorcer a concorrência, ao passo que a norma do TFUE reprovava todos os acordos que tenham por objectivo falsear, restringir ou impedir a concorrência no mercado interno.

Parece-nos que faz sentido que a norma abranja todos os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e as práticas concertadas com o objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, uma vez que para a defesa da concorrência dever-se-á ter em consideração todas as práticas lesivas da concorrência sã e efectiva, abrangendo a totalidade dos comportamentos que o art.º 101.º do TFUE tipifica, e não só os acordos com outros operadores económicos com o objectivo de distorcer a concorrência, tendo em conta que nas situações em que o operador económico queira apenas falsear a concorrência ou até mesmo impedi-la são de tal modo gravosas que deverão também estas ser acauteladas pela norma da al. d), do n.º4, do art.º 57.º da Directiva 2014/24/UE, por

⁷² Ac. TJ 18/12/14, Proc. n.º C-470/13, URL: <http://curia.europa.eu> (consultado em 25/05/2017) Neste caso, um operador económico fora excluído devido a um comportamento anti-concorrencial do passado e cometido fora do procedimento adjudicatório, sancionado pela “instituto húngaro de defesa da concorrência”. A exclusão fundada em falta grave em matéria profissional abrangeria uma situação desta natureza, referindo, ainda, o Tribunal que “o artigo 57.º, n.º4, alínea d), desta directiva – a Directiva 2014/24/UE – prevê de forma clara e precisa esta causa de exclusão”. O TJUE faz esta observação em um caso em que a infracção às normas da concorrência foi estranha ao procedimento pré-contratual onde o operador faltoso foi excluído.

configurarem uma violação ao princípio da concorrência em matéria da contratação pública.

No que diz respeito ao direito interno português, o artigo 70.º do CCP já previa o regime de exclusão de propostas, criando o legislador português uma formulação ampla, habilitando a entidade adjudicante a averiguar os vários comportamentos anti-concorrenciais que pudessem ser adoptados no âmbito de um procedimento pré-contratual – embora a directiva de 2004 não o fizesse. Nos termos do n.º2, al. g) do aludido artigo, “são excluídas as propostas cuja análise revele a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear a concorrência”.

5.4. Exclusão de operador económico do procedimento contratual em virtude de existência de conflitos de interesses

O art.º 57.º, n.º4, al. d) da Directiva 2014/24/UE consagra, também, como fundamento de exclusão a existência de conflitos de interesses, dando a sua noção no seu art.º 24.º, referindo, nomeadamente, que “O conceito de conflito de interesses engloba, no mínimo, qualquer situação em que os membros do pessoal da autoridade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da autoridade adjudicante, que participem na condução do procedimento de contratação ou que possam influenciar os resultados do mesmo, têm direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do procedimento de adjudicação.”

Estamos perante um impedimento relativo que se relaciona, em concreto, com o procedimento adjudicatório, isto é, o efeito inibitório apenas se faz valer para o procedimento em concreto, como supra se alude.

Assistimos à preocupação do legislador europeu em se certificar de que será observado o princípio da proporcionalidade na exclusão, ou seja, apenas consente a exclusão quando a patologia do caso for insuprível, ou, por outras palavras, não possa

ser suprida através de medidas “menos invasivas”. Isto significa que a exclusão é para o legislador europeu o último reduto.⁷³

5.5. Exclusão de operador económico do procedimento contratual em virtude da participação prévia dos candidatos ou proponentes

O impedimento da al. f) do art.º 57.º, n.º4, da Directiva 2014/24/UE diz respeito às situações em que o interessado se envolve no procedimento pré-contratual, consentindo a exclusão de um operador económico da participação num procedimento de contratação pública “se houver uma distorção da concorrência decorrente da participação dos operadores económicos na preparação do procedimento de contratação (...). É, bem assim como a existência de conflitos de interesses, um impedimento relativo, destinando-se a garantir a transparência no procedimento e igualdade entre os concorrentes. Esta norma abrange as situações em que o interessado apresente pareceres à autoridade adjudicante ou participe de qualquer outro modo na preparação do procedimento. O art.º 41.º da Directiva a que se alude dá a noção de participação prévia dos candidatos ou proponentes, mencionando que nas situações que supra se expõe a entidade adjudicante deve tomar as “medidas adequadas para evitar qualquer distorção da concorrência em virtude dessa participação do candidato ou proponente.”. Embora estas medidas sejam discricionárias, o legislador europeu define os objectivos que devem ser prosseguidos, ou seja, salvaguardar a igualdade de tratamento entre os agentes económicos e a concorrência, e dá a título meramente exemplificativo duas hipóteses. Tais hipóteses são elencadas no 2.º parágrafo do art.º 41.º, mencionando-se que a entidade adjudicante deverá comunicar as informações pertinentes trocadas com o mesmo, aos restantes candidatos e proponentes, e fixar prazos adequados para a recepção de propostas. O que o legislador pretende é que seja observado o princípio de igualdade de tratamento entre os concorrentes ou proponentes, sendo o interessado excluído do procedimento apenas nos casos em que

⁷³ MOREIRA, José Azevedo, Os “Motivos de Exclusão” na Directiva 2014/24/UE, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, ISBN 9782182164138, (2016), p. 59-63.

não existam “...outras formas de garantir o cumprimento do dever de observância do princípio da igualdade de tratamento.”⁷⁴

Deve ter-se em conta que a finalidade preparatória apenas diz respeito à fase pré-procedimental, no entanto, a entidade adjudicante poderá pedir pareceres ou outro tipo de assessoria na tomada das suas decisões, e quando o fizer terá de ser com precaução acrescida sob pena de violar os princípios da transparência e da não discriminação e de distorcer a concorrência, por exemplo, nos casos em que esse parecer ou assessoria seja realizado por entidade que já tenha apresentado uma proposta nesse procedimento.⁷⁵

O âmbito de aplicação subjectivo dos autores destes pareceres ou de prestação de assessoria podem ser participantes no mercado, peritos, autoridades independentes, e entidades públicas, uma vez que também estas podem participar em procedimentos de contratação pública.

Nestes casos deverá ser assegurado ao candidato ou concorrente a possibilidade de prévia realização de contraditório, devendo ter a oportunidade de demonstrar que a sua participação na preparação do procedimento não é susceptível de violar a igualdade de tratamento ou de distorcer a concorrência.

Mais uma vez a preocupação do legislador europeu é que não existam distorções da concorrência.

O art.º 55.º, al. j) do CCP prevê como impedimento aos candidatos, concorrentes ou qualquer agrupamento, as entidades que “Tenham, 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.”

⁷⁴ MOREIRA, José Azevedo, Os “Motivos de Exclusão” na Directiva 2014/24/UE, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, ISBN 9782182164138, (2016), p. 59-63.

⁷⁵ NORONHA, Francisco, Os Conflitos de Interesses e a Participação Prévia de Candidatos ou Proponentes, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, ISBN 9782182164138, (2016), p. 25-26.

É de fazer alusão a que esta causa de exclusão é igualmente uma novidade no seio do direito europeu da contratação pública.

6. Análise do artigo 55.º do CCP no anteprojecto de revisão – os aditamentos ao rol de impedimentos

Do anteprojecto de revisão do CCP consta um aditamento ao rol de impedimentos, do art.º 55.º do CCP, nomeadamente de que “Não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que: (...) k) Tenham diligenciado no sentido de influenciar indevidamente a decisão de contratar do órgão competente, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no procedimento, ou tenham prestado informações erróneas suscetíveis de alterar materialmente as decisões de exclusão, qualificação ou adjudicação;” e “l) Estejam abrangidos por conflitos de interesses que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas que a exclusão;”.

Relativamente à al. k) do mencionado artigo, João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez⁷⁶, consideram que o termo “indevidamente” não é o melhor a ser usado, já que no Direito Português tal expressão diz respeito a um comportamento ilícito ou inútil, sugerindo que a norma deveria ser redigida do seguinte modo: “Tenham diligenciado no sentido de influenciar a prática da decisão de contratar ou da decisão de escolha do procedimento ou de obter informações confidenciais suscetíveis de lhes conferir vantagem na participação no procedimento”. Consideram, ainda, que a última parte da alínea deveria ser autonomizada uma vez que é uma situação distinta da primeira, e referem, também, que esta norma não é um impedimento, mas sim um caso de exclusão da candidatura ou da proposta, que já são, no seu entendimento, abordados de modo parcial nas disposições dos art.ºs 146.º, n.º2, al. l) e 184.º, n.º2, al. j), do CCP.

Para Jorge Pação⁷⁷, este impedimento tem correspondência directa com o plasmado na al. i), do n.º4, do art.º 57.º da Directiva 2014/24/UE, na medida em que

⁷⁶ IN SANCHÉZ, Pedro Fernández e João Amaral e Almeida, Comentários ao Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos, Agosto de 2016, Localização web: <http://www.servulo.com>, p.s 71 e 72.

⁷⁷ PAÇÃO, Jorge [et al.], Novidades na tramitação dos procedimentos: causas de exclusão de propostas, impedimentos, preço ou custo anormalmente baixo e preço base, IN ESTORNINHO, Maria João e Ana Gouveia Martins, Atas da Conferência, A Revisão do Código dos Contratos

ambos visam um comportamento de má-fé com o objectivo do operador económico obter vantagens para si próprio, restringindo a concorrência e resultando na inobservância do princípio da igualdade de tratamento entre os concorrentes. No entendimento do mesmo, este impedimento aproxima-se do crime de corrupção, mais propriamente perante uma *soft corruption*. Também é do entendimento de José Azevedo Moreira que estes comportamentos que ora se visam facilmente se confundirão com a prática do crime de corrupção, sendo que quando estivermos perante uma condenação judicial que tenha transitado em julgado estaremos perante um motivo de exclusão obrigatório.⁷⁸ No nosso modesto entendimento também nos parece que possa existir aqui uma aproximação ao crime de corrupção, nomeadamente, corrupção passiva, na medida em que esta é definida pelo legislador português no art.º 373.º, n.º1, como as situações em que “O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação...”, o que parece ser o que acontece nestes casos. Convém mencionar-se que “III. O bem jurídico protegido no crime de corrupção é a legalidade da actuação dos agentes públicos, a quem está interdito mercadejar com o cargo.”⁷⁹

Já quanto ao aditamento da al. l) do art.º 55.º do CCP, que se refere à situação de conflitos de interesses, João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez consideram que estas situações já se encontram plasmadas no CPA, já que para que se garanta a imparcialidade o agente administrativo deve ser afastado, não devendo, portanto, estabelecer-se como impedimento à participação no procedimento. No entanto, este não é o nosso entendimento, porque se os candidatos, concorrentes ou alguém que incorpore um agrupamento estiverem abrangidos por conflitos de interesses que não pode ser corrigido de modo menos gravoso, poderem participar num procedimento contratual, estar-se-á a colocar em causa as regras jus-concorrenciais, não se

Públicos, Lisboa, Dezembro de 2016, ISBN 978-989-8722-17-1, Localização web: <http://www.icjp.pt>, pp. 176-177.

⁷⁸ MOREIRA, José Azevedo, Os “Motivos de Exclusão” na Directiva 2014/24/UE, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, ISBN 9782182164138, (2016), p. 66-67.

⁷⁹ Ac. TRL de 15/11/11, (Artur Vargues), Proc. n.º 504/04.6JFLSB.L1-5, URL: <http://www.dgsi.pt/> (consultado em 09/06/2017).

permitindo assim que exista uma concorrência efectiva e sã no mercado, havendo distorções da concorrência, violando-se, até, o princípio da igualdade.

Os autores não consideram que estas situações possam caber nesta alínea, uma vez que se refere a “exclusão” – de propostas/candidaturas- e que nada tem a ver com impedimentos, pelo que sugerem a supressão da al. l) do art.º 55.º do CCP.

Jorge Pação ⁸⁰ considera que a necessidade de transposição do previsto na al. e), do n.º4, do art.º 57.º da Directiva 2014/24/UE é discutível, indo ao encontro da opinião de João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, por considerar que estas situações estão cabalmente reguladas nos art.ºs 69.º e ss. do CPA, que plasmam a garantia da isenção e da imparcialidade, que são necessariamente aplicáveis às entidades adjudicantes e aos procedimentos contratuais que lançam.

7. As self-cleaning measures – o novo artigo 55.º-A do CCP

A nova Directiva 2014/24/UE prevê, ainda, a possibilidade aos operadores económicos de readquirirem “o direito de participar em procedimentos de contratação pública”. Este direito tem consagração em diversos Estados-Membros da UE. A este respeito no direito alemão a jurisprudência prevê o instituto da *Selbstreinigung*, em que se discute, frequentemente, se este instituto não consagra uma exigência constitucional dos princípios da liberdade profissional ou da igualdade. Este tema é fortemente abordado na jurisprudência alemã uma vez que existe uma norma que prevê que um interessado, que tenha sido condenado por sentença transitada em julgado, possa voltar a participar num procedimento pré-contratual quando, tendo em conta “as circunstâncias particulares do caso concreto, a infracção não ponha em causa a fiabilidade da empresa”.

⁸⁰ PAÇÃO, Jorge [et al.], Novidades na tramitação dos procedimentos: causas de exclusão de propostas, impedimentos, preço ou custo anormalmente baixo e preço base, IN ESTORNINHO, Maria João e Ana Gouveia Martins, Atas da Conferência, A Revisão do Código dos Contratos Públicos, Lisboa, Dezembro de 2016, ISBN 978-989-8722-17-1, Localização web: <http://www.icjp.pt>, pp. 177-178.

Na Directiva de 2004 tal possibilidade não era consagrada, todavia colocava-se em questão se o direito europeu permitia que estes mecanismos fossem utilizados no direito nacional, uma vez que dão aos Estados-Membros a possibilidade de derrogar as exclusões obrigatórias mediante razões imperiosas de interesse geral. Havia quem defendesse que por respeito ao princípio da proporcionalidade, estas medidas fossem impostas no direito europeu primário.

A nova Directiva regulamenta, expressamente, no artigo 57.º, no seu n.º6, que “qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos n.ºs 1 e 4 pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade não obstante a existência de uma importante causa de exclusão”, acrescentando que, “se essas provas forem consideradas suficientes, o operador económico em causa não é excluído do procedimento de contratação.”.

Nos casos em que a exclusão de um procedimento de contratação pública ou de concessão resulte de decisão transitada em julgado, a directiva nega a possibilidade de que os operadores económicos recorram a estes mecanismos nos Estados-Membros onde a decisão produza efeitos. Quando estamos perante um operador que tenha sido condenado criminalmente, podem ser aplicadas penas acessórias de inibição de participação em procedimentos de contratação pública. O direito português prevê, além disto, uma sanção desta natureza contra-ordenacional, prevendo regime geral das contra-ordenações⁸¹ que pode ser estabelecida sanção acessória de “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 e alvarás”.

O legislador europeu quando se refere a “decisão transitada em julgado” parece ter apenas em vista as decisões judiciais e, neste sentido, a versão alemã da directiva exige, de modo expresse, uma “gerichtliche Entscheidung”.

Para que o operador económico tenha o ónus de utilizar estes mecanismos tem de provar que (i) “ressarcir ou que tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infracção penal ou pela falta grave”, (ii) “esclareceu integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração activa com as autoridades

⁸¹ No artigo 21º, al.e) do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.

responsáveis pelo inquérito” e (iii) “tomou as medidas concretas técnicas, organizativas e de pessoal adequadas para evitar outras infracções penais ou faltas graves”.⁸²

A doutrina tem entendido que o propósito dos impedimentos ora consagrados tem que ver com as finalidades primárias do direito da contratação pública, isto é, a protecção do erário público ou execução eficaz e eficiente das tarefas administrativas que são conexas ao contrato. Não obstante este regime servir finalidades primárias da contratação pública, também se tem vindo a reconhecer que serve finalidades secundárias, na medida em que a exclusão de operadores que se funda na prática, por partes destes, de actividades criminosas, faz com que exista uma triagem dos concorrentes em razão da sua fiabilidade. Pelo facto de o legislador ter seleccionado um conjunto de crimes específicos que inabilitam os operadores económicos aponta para que se esteja a colocar em acção uma política de combate a este tipo de criminalidade – como são, por exemplo, os crimes de terrorismo e tráfico de seres humanos. Também parece que o mesmo se verifica quanto às exclusões que são baseadas em infracções laborais, sociais e ambientais.

Quanto à entidade a quem competirá realizar a avaliação das medidas que são adoptadas pelo operador impedido, nomeadamente quanto à sua adequação, a directiva nada diz. No seu Considerando 102 não faz referência à reserva da entidade adjudicante para o fazer, possibilitando, até, que sejam “outras entidades a nível central ou não central”.

Há países que, contrariamente a Portugal – em que se realiza uma avaliação casuística- faz-se a avaliação centralizada de inexistência de impedimentos em matéria de contratação pública, como é o caso da Alemanha, que tem sistemas desta natureza, por exemplo, sistemas comuns a várias entidades adjudicantes que excluem automaticamente operadores económicos neles inscritos (*koordinierte Auftragsperre*). José Azevedo Moreira é da opinião de que, no âmbito de um mecanismo deste tipo, pode fazer sentido que se atribua a competência de decidir sobre se as medidas self-cleaning

⁸² Quando se refere a intervenções em matéria de “organização” e de “pessoal”, a directiva quis dizer que, conforme se pode verificar no considerando n.º 102, que, podem ser, a título de exemplo, “a rutura de todas as ligações com as pessoas ou organizações envolvidas na conduta ilícita, medidas adequadas de reorganização do pessoal, a aplicação de sistemas de notificação e controlo e a criação de uma estrutura de auditoria interna para acompanhar o cumprimento e a adoção de regras internas em matéria de responsabilidade e compensação”.

adoptadas pelo operador inscrito são, ou não, suficientes para eliminar a sua inscrição, à entidade que gere o sistema.⁸³

No caso em apreço, este instituto poderia ser aplicado se, e quando, o operador económico provasse que “ressarcir ou que tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infracção penal ou pela falta grave”, (ii) “esclareceu integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração activa com as autoridades responsáveis pelo inquérito” e (iii) “tomou as medidas concretas técnicas, organizativas e de pessoal adequadas para evitar outras infracções penais ou faltas graves”. No entanto, perante a existência da situação de conflito de interesses no caso em apreço, dificilmente o concorrente – também projectista – conseguiria fazer prova da sua fiabilidade, uma vez que é por demais óbvia qual a sua intenção na especificação por este elaborada, no sentido de que seria necessária a utilização daquele material, componente RAR, e apenas esse admitido, pretendendo ser o único concorrente, bem sabendo que estava numa posição de monopólio de mercado e falseando a concorrência. Assim, não nos parece ser exequível que o instituto pudesse ser aplicado no caso.

Nos restantes casos em que se prevê a possibilidade de aplicação deste instituto, nomeadamente, quando “...a autoridade adjudicante puder demonstrar, por qualquer meio adequado, o incumprimento...”⁸⁴ das obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, por convenções colectivas ou pelas disposições de direito internacional em matéria ambiental, social e laboral constantes do Anexo X da Directiva, que recaem sobre os operadores económicos, quando “...o operador económico tiver sido declarado em estado de insolvência ou em processo de insolvência, se os seus bens estiverem sob administração judicial ou por um liquidatário, se tiver celebrado um acordo com os credores, se as suas atividades estiverem suspensas ou se encontrarem em qualquer situação análoga resultante de um processo da mesma natureza nos termos da legislação e regulamentação nacionais” (al. b), do n.º4, do art.º 57.º da Directiva 2014/24/UE), quando “...a autoridade adjudicante puder demonstrar, por qualquer

⁸³ MOREIRA, José Azevedo, Os “Motivos de Exclusão” na Directiva 2014/24/UE, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, ISBN 9782182164138, (2016), p. 81.

⁸⁴ Ver art.º 57.º, n.º 4, al. a) da Directiva 2014/24/UE.

meio adequado, que o operador económico cometeu qualquer falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade” (al. c), do n.º4, do art.º 57.º da Directiva 2014/24/UE) e quando “...a autoridade adjudicante tiver indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência” (al. d), do n.º4, do art.º 57.º da Directiva 2014/24/UE). Outros casos é quando “...houver uma distorção da concorrência decorrente da participação dos operadores económicos na preparação do procedimento de contratação, a que se refere o artigo 41.o, que não possa ser corrigida por outras medidas, menos invasivas” (al. f), do n.º4, do art.º 57.º da Directiva 2014/24/UE), quando “...o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis” (al. g), do n.º4, do art.º 57.º da Directiva 2014/24/UE) e quando “...o operador económico tiver sido considerado responsável por declarações falsas ao prestar as informações requeridas para a verificação da ausência de motivos de exclusão ou o cumprimento dos critérios de seleção, tiver retido essas informações ou não puder apresentar os documentos comprovativos exigidos nos termos do artigo 59.º” (al. h), do n.º4, do art.º 57.º da Directiva 2014/24/UE). Ainda outros casos em que o instituto se pode aplicar é quando “...o operador económico tiver diligenciado no sentido de influenciar indevidamente o processo de tomada de decisão da autoridade adjudicante, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no concurso, ou tiver prestado, com negligência, informações erróneas suscetíveis de influenciar materialmente as decisões relativas à exclusão, seleção ou adjudicação” (al. i), do n.º4, do art.º 57.º da Directiva 2014/24/UE), o mesmo apenas deverá ser possível aplicar-se, se e quando os requisitos acima mencionados sejam observados com rigor. No que à al. d) do n.º 4 do art.º 57.º da Directiva 2014/24/UE diz respeito, convém salientarmos que somos da opinião de que nos casos em que efectivamente se venha a comprovar a existência de acordos celebrados pelo operador económico com outros operadores económicos, não deverá ter a possibilidade de recorrer ao instituto, na

medida em que apenas visou distorcer a concorrência, uma vez que está em causa a sua fiabilidade.

Já quanto aos motivos de exclusão obrigatórios do art.º 57.º, n.º1, da Directiva clássica em matéria de contratação pública de 2014, quando o operador económico foi condenado por decisão final transitada em julgado por um desses casos previstos, não nos parece que seja exequível o recurso a este mecanismo, uma vez que é certo que a fiabilidade de um operador económico que tenha cometido um dos crimes elencados no artigo não nos parece, de todo, fiável, uma vez que é alheio à observação das mais básicas normas legais societárias.

8. Conclusões

Em jeito de conclusão cumpre-nos mencionar vários aspectos.

Em primeiro lugar, pensamos ter ficado claro que apesar dos ramos do direito da contratação pública e do direito da concorrência serem distintos entre si, têm uma conexão estreita, especialmente no que aos procedimentos dos contratos públicos diz respeito. Nesse sentido convém mencionar que a Comissão Europeia referiu que estes regimes se reconduzem a “duas categorias de normas jurídicas diferentes, com objectivos paralelos, mas distintos”⁸⁵. Concluímos que existe o cruzamento entre os dois ramos do direito, em múltiplas áreas, até porque os cartéis investigados pelas autoridades da concorrência nacionais da UE têm origem em práticas anti-concorrenciais no seio da contratação pública, ou nos procedimentos pré-contratuais que implicam a aplicação do dinheiro público, o que levou o legislador europeu, e, em virtude disso, também o legislador nacional a aproximar estes dois ramos do Direito, com a pretensão de prevenir e reduzir as situações de práticas que sejam anti-concorrenciais. Conclui-se, também, que pese embora todas as conexões que estes ramos do Direito têm entre si, objectivos e características distintas. Nesta conformidade, o direito da concorrência visa alcançar o equilíbrio de mercado e da interacção entre operadores económicos, pretendendo alcançar-se através do cumprimento das suas normas o bem-estar social, como, aliás, acima já aludimos, ao passo que, por seu lado, o direito da contratação pública pretende que as entidades adjudicantes, enquanto consumidoras especiais, possam satisfazer as suas necessidades de modo eficiente, observando, claro, as normas concorrenciais, como ficou, também patente ao longo da dissertação. No que concerne às características dos diferentes regimes, são, como espectável, também são distintas.

Ao partirmos do caso concreto da anulação do concurso público com vista à adjudicação do contrato de empreitada de obras públicas para requalificação da Segunda Circular entre o Nó da Buraca e o Aeroporto, foi-nos possível concluir o papel fundamental que o princípio da concorrência tem no âmbito da contratação

⁸⁵ Assim, Decisão da Comissão 92/204/CEE, de 5 de Fevereiro de 1992 IV/31.572 e 32.571, Indústria da construção dos países baixos, JO L 92 de 7 de Abril de 1992, p. I-30.

pública, pois que, quando violado, o objectivo primordial da contratação pública – satisfação do interesse público – é colocado em causa, na medida em que quando observamos a distorção e falseamento da concorrência tal objectivo não poderá ser alcançado. Em jeito de conclusão, deve ser promovido o acesso à contratação pública dos operadores económicos que nela estejam interessados, estando proibidas práticas em que se veda, favorece ou desfavorece certos operadores económicos ou determinados produtos, através de especificações técnicas discriminatórias no caderno de encargos de determinado concurso público, uma vez que, nesse caso se assiste a uma violação dos princípios que já supra se referiram.

Também nos foi possível, através da análise do caso, verificar as situações de conflitos de interesses que surjam no âmbito do procedimento contratual, fazendo menção a esse novo motivo de exclusão do operador económico, que à luz da nova Directiva 2014/24/UE, são situações previstas no art.º 57.º, n.º4, al. e), com carácter facultativo, e são encaradas pelo legislador europeu como sendo a *ultima ratio*. No entanto, concluímos, como acima se expõe, que perante determinadas situações muito restritas, os mesmos motivos de exclusão deverão ser plasmados como obrigatórios, pelo legislador europeu, tal como na situação que nos propusemos analisar, bem como quando tenham existido decisões judiciais transitadas em julgado que vão nesse sentido. Concluímos, ainda, que o âmbito da norma do art.º 57.º, n.º4, al. e), deve ser interpretado como aplicável tanto as situações que surjam no próprio procedimento contratual, como fora dele, desde que recaiam sobre decisões judiciais que tenham transitado em julgado.

Cumpre-nos relevar a importância das alterações que as novas Directivas da UE trazem ao mercado interno europeu, designadamente no que à matéria da contratação pública diz respeito. Com a análise às diferentes e sequentes Directivas emanadas pelo legislador europeu em matéria da contratação pública, concluímos que o legislador europeu tem vindo a aperfeiçoar e a inovar os mecanismos de combate a práticas lesivas da concorrência, - praticadas tanto pelas entidades adjudicantes, membros das mesmas e prestadores de serviços às mesmas, como pelos operadores económicos /concorrentes/proponentes -, com vista a assegurar a concorrência salutar e efectiva

no âmbito destes contratos, revelando uma maior preocupação. Esta preocupação de que os operadores económicos sejam tratados de modo igualitário e em concorrência efectiva, sendo os contratos públicos abertos à concorrência de mercado, não é apenas do legislador europeu, mas também do legislador, doutrina e jurisprudência nacionais, conforme resulta das disposições nacionais, dos vários entendimentos de autores, bem como das decisões proferidas pelos Tribunais portugueses.

Pelo facto de a concorrência ser o fundamento da economia de mercado e existir a necessidade de regulação no mercado de concorrência perfeita, concluímos que a actuação da Autoridade da Concorrência é fundamental, por forma a controlar as distorções que possam ocorrer no procedimento competitivo, prevenir as acções que criem ou aumentem a posição de poder de mercado, quando não sejam salutares para a concorrência.

Ao nos debruçarmos sobre os princípios basilares orientadores da contratação pública, como são os princípios da publicidade, transparência, proporcionalidade e, em particular, da concorrência aderimos, totalmente, à posição da Prof. Dr.^a Cláudia Trabuco, que considera que este último princípio a que nos referimos deve assumir importância tal enquanto instituição, concluindo, efectivamente, que este é a travessa da contratação pública, porquanto tem como finalidade afastar as barreiras de acesso ao mercado, como permitir que o mesmo tenha um salutar funcionamento, tal como menciona no seu manual, *Contratação Pública e Concorrência*, nomeadamente no seu capítulo “Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa.”.

Com a exposição das práticas restritivas da concorrência que a LdC plasma, e a AdC pretende combater, tais como os acordos, práticas concertadas, decisões entre empresas, abusos de posição dominante e abusos de dependência económica, chegamos à conclusão de que tais práticas são absolutamente violadoras do princípio da concorrência no seio da contratação pública, pelo que urge o seu eficaz combate. Nessa conformidade, fazemos alusão aos novos motivos de exclusão de propostas consagrados nas Directivas Europeias da contratação pública de 2014, através dos quais o legislador europeu pretendeu harmonizar a disciplina das situações que permitem às autoridades adjudicantes excluir do procedimento adjudicatório os interessados/candidatos/proponentes, e tornar os procedimentos de formação de

contratos públicos mais sólidos, transparentes, o mais abertos possíveis, com vista a uma maior justiça, equitatividade e não discriminação. Pensamos que através das inovações legislativas por parte do legislador europeu o objectivo foi cumprido, pese embora no que ao motivo de exclusão em virtude de conflitos de interesses no seio do procedimento de contratação pública, considerarmos que o mesmo não deveria ser facultativo nas situações que atrás já tivemos a oportunidade de mencionar.

A análise à exclusão do operador económico do procedimento contratual em virtude de participação prévia do mesmo, enquanto novidade no seio do direito europeu da contratação pública, permitiu-nos concluir, mais uma vez, que o legislador europeu revelou uma especial preocupação a que as normas da concorrência sejam observadas.

O aditamento ao rol de impedimentos do art.º 55.º do CCP do anteprojecto de revisão do código revela-se necessário, para que a legislação portuguesa nesta matéria acompanhe as disposições normativas europeias e possa construir um mercado concorrencial aberto e salutar nesta matéria.

Da análise do instituto das self-cleaning measures conclui-se que o mesmo poderá ser benéfico, desde que exista observação casuística e uma especial atenção das situações em que o mesmo possa ser utilizado.

Assim, esta dissertação revelou-se extremamente importante na compreensão da conexão existente entre os dois ramos do direito, sendo necessária realizar-se a ponte entre o direito da contratação pública e o direito da concorrência, sendo que o primeiro ramo do direito jamais poderá ser observado em separado do segundo. Urge a transposição dos novos motivos de exclusão de propostas para o ordenamento interno português, para que o mercado interno europeu seja efectivamente salutar do ponto de vista concorrencial.

9. Bibliografia

Ac. do Tribunal Central Administrativo do Norte de 7/10/11, Proc. n.º 00225/11.3BECBR., disponível em: <http://www.dgsi.pt/> (consultado em 03/04/2017)

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/11/11, (Artur Vargues), Proc. n.º 504/04.6JFLSB.L1-5, disponível em: <http://www.dgsi.pt/> (consultado em 09/06/2017)

Ac. do Tribunal de Contas de 3/11/10, (Helena Abreu Lopes), Proc. n.º 1303/2010, disponível em: <http://www.tcontas.pt/> (consultado em 27/02/2017)

Ac. do Tribunal de Justiça de 07/12/00, Proc. n.º C-458/03, disponível em: <http://curia.europa.eu/> (consultado em 27/03/2017)

Ac. do Tribunal de Justiça de 09/02/06, (E. Juhász), Proc.s apensos n.ºs C-226/04 e C-228/04, disponível em: <http://curia.europa.eu/> (consultado em 20/05/2017)

Ac. do Tribunal de Justiça de 10/07/2014 (C. Vajda), Proc. n.º C-358/12, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/>. (consultado em 20/05/2017)

Ac. do Tribunal de Justiça de 16/12/2008, (A. Rosas e K. Lenaerts), Proc. n.º C-213/07, disponível em: <http://curia.europa.eu/> (consultado em 20/05/2017)

Ac. do Tribunal de Justiça de 17/02/93, (O. Due), Procs. apensos n.ºs C-159/91 e C-160/91, disponível em: <http://curia.europa.eu/> (consultado em 01/03/2017)

Ac. do Tribunal de Justiça 18/12/14, Proc. n.º C-470/13, disponível em: <http://curia.europa.eu> (consultado em 25/05/2017)

Ac. do Tribunal de Justiça de 19/05/09 (E. Juhász), Proc. n.º C-538/07, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/>. (consultado em 20/05/2017)

Ac. do Tribunal de Justiça de 21/07/05, Proc. n.º C-231/03, disponível em: <http://curia.europa.eu/> (consultado em 27/03/2017)

BRITO, Miguel Nogueira, *Os Princípios Jurídicos Concurais*, Lisboa, Janeiro de 2011, disponível em: <https://www.icjp.pt>, p. 25.

ESTORNINHO, Maria João, *A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos, e-book, ICJP, disponível em* <http://www.icjp.pt/sites/>

ESTORNINHO, Maria João e Ana Gouveia Martins, *Atas da Conferência, A Revisão do Código dos Contratos Públicos, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas Centro de Investigação de Direito Público*, Lisboa, Dezembro de 2016, disponível em: <http://www.icjp.pt>, pp. 176-178

GONÇALVES, Pedro Costa, *Concorrência e Contratação Pública, a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública, Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume I*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 514

GONÇALVES, Pedro Costa, *Estudos da Contratação Pública- I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 51

GONÇALVES, Pedro Costa [et al.], - (Governance lab), *O Governo da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 25

LEITÃO, Alexandra, *Lições de Direito dos Contratos Públicos, Parte Geral*, Edição AAFDL, Lisboa, 2014, p.87

MATEUS, Abel M., *Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência*, disponível em:

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=54103&ida=54128 (consultado em 14/06/2017)

MOREIRA, José Azevedo, *Os “Motivos de Exclusão” na Diretiva 2014/24/UE*, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Almedina, 2016, pp. 59-63, 66-67, 81

NEVES, Ana Fernanda, *Os Princípios da Contratação Pública, in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia – Volume II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 29 e ss., 40

NORONHA, Francisco, *Os Conflitos de Interesse e a Participação Prévia de Candidatos ou Proponentes*, Revista de Contratos Públicos n.º 13, Cedripe, Almedina, 2016, pp. 7, 15, 18, 23, 25, 26

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, e Mário Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 185-189

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Os princípios gerais da contratação pública, in Estudos de Contratação Pública - Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 92 e 95

SANCHÉZ, Pedro Fernández e João Amaral e Almeida, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Agosto de 2016, disponível em: <http://www.servulo.com>, pp. 71 e 72

SILVA, João Correia da, *Microeconomia II, 1E108*, Porto, 11 de Abri de 2011, disponível em: <https://www.fep.up.pt>, pp. 3 e 4

SOUSA, Marcelo Rebelo de, e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral, Tomo I*, 3.^a ed., Dom Quixote, Abril de 2004, p. 395

SZLIGA, *Conflict and intrigue in government contracts: a guide to identifying and mitigating organizational conflicts of interest*, *Public Contract Law Journal*, 35, Vol. 35, N.º. 4, Summer 2006, pp. 639-674

TEIXEIRA, Glória e Helena Freire, *Conflitos de Interesses, Edições Húmus*, Fevereiro de 2009, disponível em: <http://www.gestaodefraude.eu>, pp. 5 e 7 (consultado em 23/03/2017)

TRABUCO, Cláudia e EIRÓ, Vera (org.), *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 7-8, 11-42

VIANA, Cláudia, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.171

<http://www.anacom.pt/>

<http://www.base.pt>

<http://eur-lex.europa.eu/>

<http://www.concorrencia.pt/>

<http://www.cpc.tcontas.pt/>

<http://www.dgsi.pt/>

<http://www.gpeari.min-financas.pt/>

<http://www.icjp.pt/>

<http://www.pgdlisboa.pt/>

<http://www.publico.pt/>

<http://www.rtp.pt/>

**Novas causas de exclusão de propostas consagradas nas Directivas da União Europeia da Contratação Pública
e a relação com os ilícitos jus-concorrenciais**

<https://www.ssap.gov.pt/>

Índice

1. Introdução	1
2. Análise à anulação do concurso público com vista à adjudicação do contrato de empreitada de obras públicas para requalificação da Segunda Circular entre o Nó da Buraca e o Aeroporto.....	3
2.1. A violação dos princípios basilares em matéria da contratação pública – especial enfoque ao princípio da concorrência.....	4
2.2. A existência de conflito de interesses?	14
2.3. Conclusão retirada da avaliação do caso concreto	27
3. Direito da Contratação Pública e Direito da Concorrência – Interações e relações no seio da UE	32
3.1. O Objectivo comum do Direito Europeu dos Contratos Públicos e Direito Europeu da Concorrência.....	32
4. Direito da Contratação Pública e Direito da Concorrência no seio do direito interno português	33
4.1. A Concorrência como fundamento da economia de mercado	33
4.2. O regime da política da concorrência em Portugal.....	35
4.3. Necessidade de regulação no mercado de concorrência perfeita.....	38
4.4. Princípios orientadores em matéria de Contratação Pública.....	39
4.4.1. Princípios da Publicidade e da Transparência	39
4.4.2. Princípio da concorrência	41
4.5. Práticas restritivas da Concorrência na Contratação Pública	45
5. Os novos novos motivos de exclusão na Directiva 2014/24/UE	50
5.1. Exclusões facultativas.....	52
5.2. Reformulações e novos impedimentos.....	54
5.3. Exclusão de operador económico do procedimento contratual em virtude de existência de distorções da concorrência.....	55
5.4. Exclusão de operador económico do procedimento contratual em virtude de existência de conflitos de interesses.....	58
5.5. Exclusão de operador económico do procedimento contratual em virtude da participação prévia dos candidatos ou proponentes	59

6. Análise do artigo 55.º do CCP no anteprojecto de revisão – os aditamentos ao rol de impedimentos	62
7. As self-cleaning measures – o novo artigo 55.º-A do CCP	64
9. Bibliografia	74