

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Esclarecimentos e Suprimentos de Propostas e Candidaturas no
Direito da Contratação Pública

Vânia Sofia Massi Valente Veiga

Dissertação de Mestrado elaborada sob a orientação do
Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo

Mestrado em Direito e Prática Jurídica
Especialidade de Direito Administrativo e Administração Pública

2022

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



Esclarecimentos e Suprimentos de Propostas e Candidaturas no
Direito da Contratação Pública

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como condição para a conclusão do Mestrado em Direito e Prática Jurídica, na especialidade de Direito Administrativo e Administração Pública, sob a orientação do Professor Doutor Miguel Assis Raimundo.

*“E tendo juntos discorrido entanto,
fizeram-me uns sinais acolhedores
e o meu mestre se sorriu de tanto:
e me fizeram inda honras maiores,
porque assim me chamaram à fileira
e fui sexto entre tantos sabedores.”*

Dante Alighieri,
A Divina Comédia
Tradução de Vasco Graça Moura

AGRADECIMENTOS

Agradecer ao Professor Doutor Miguel Assis Raimundo a disponibilidade e a orientação prestadas ao longo da elaboração da presente dissertação.

Agradecer a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para o resultado.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

Cf. – Confira, confronte

Cit. - Citado

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ibidem – Mesmo autor, mesma obra e mesma página

Idem – Mesmo autor, mesma obra

i.e. – *id est* (isto é)

n.º, n.ºs – Número, números

PGR – Procuradoria-Geral da República

p., pp. – Página, páginas

Proc. – Processo

ss. – Seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TCAN – Tribunal Central Administrativo do Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo do Sul

TdC – Tribunal de Contas

TGUE – Tribunal Geral da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

v. – *vide* (veja)

v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

Vol. – Volume

vs. – *versus*

MODO DE CITAR E OUTRAS INDICAÇÕES

Nas notas de rodapé, as primeiras citações de qualquer obra aparecem por extenso. As seguintes aparecem de forma abreviada e podem ser consultadas por extenso na bibliografia. A ordem pela qual as citações aparecem nas notas de rodapé é variável, prendendo-se com aspetos como a maior centralidade, atualização e outros critérios.

A transcrição de passagens de obras em língua estrangeira é feita, em regra, com tradução para a língua portuguesa. Quando não exista outra indicação de fonte, a tradução é da nossa responsabilidade.

As citações de jurisprudência são feitas de acordo com o seguinte exemplo (para o hipotético acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 13 de janeiro de 2022, proferido no âmbito do processo n.º 0785/21.0BEPRT): STA, de 13/01/2022, proc. n.º 0785/21.0BEPRT (Relator).

No caso de jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a forma é: TJUE, data, designação pela qual é habitualmente conhecido o acórdão (normalmente, o nome da(s) parte(s) que dá(ão) origem ao caso), e número de processo.

As referências legais sem outra indicação de fonte pertencem ao Código dos Contratos Públicos.

O presente trabalho foi escrito de acordo com o Acordo Ortográfico, com exceção das citações que não lhe sejam conformes.

RESUMO:

A presente dissertação tem por objeto o âmbito de aplicação do regime de esclarecimentos e suprimento de candidaturas e propostas previsto no artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos. Nesse sentido é feita, de forma sucinta, uma breve introdução ao contrato administrativo e a sua evolução para o contrato público, tanto no âmbito do Direito nacional como no Direito da União Europeia. Neste contexto é feito o devido enquadramento e evolução legal sobre o regime de esclarecimentos e suprimento de irregularidades, designadamente o desenvolvimento e cuidado que o assunto foi tendo nas diretivas europeias em matéria de contratos públicos.

No que concerne ao Direito Comparado, são selecionados os sistemas francês e italiano, pois o modo como o instituto evoluiu nestes dois ordenamentos jurídicos, com as questões que os respetivos preceitos internos colocaram, permitem uma frutificação do pensamento doutrinário e da jurisprudência na abordagem ao nosso tema.

Centramos, depois, a nossa atenção no contexto nacional, partindo de uma evolução histórica do regime, para nos debruçarmos de forma mais pormenorizada sobre as concretas circunstâncias em que as entidades adjudicantes e o júri podem pedir esclarecimentos, suprir irregularidades em candidaturas e propostas, ou mesmo avançar oficiosamente com a retificação daquelas, fazendo a necessária delimitação do instituto e clarificando as circunstâncias em que o mesmo é aplicável. Neste ponto é ainda abordada a problemática das assinaturas eletrónicas, que não raras vezes chama à colação a aplicação do instituto do suprimento de irregularidades, pelo que importa densificar a exata medida em que isso é possível, sem descurar a vasta jurisprudência que existe sobre o assunto e que muito tem contribuído para a discussão doutrinária.

Palavras-chave:

Contratos públicos; contratação pública; esclarecimentos; suprimento de propostas; regularização de propostas.

ABSTRACT:

The purpose of this dissertation is the scope of application of the regime of clarification and supply of applications and proposals provided for in article 72 of the Public Contracts Code. In this sense, a brief introduction to the administrative contract and its evolution to the public contract is made, both under national law and in European Union law. In this context, the due framework and legal evolution is made on the regime for clarification and correction of irregularities, namely the development and care that the matter was given in the European directives on public contracts.

Regarding Comparative Law, the French and Italian systems are selected, since the way in which the institute evolved in these two legal systems, with the questions that the respective internal precepts posed, allow for the fruition of doctrinal thinking and jurisprudence in the approach to our theme.

We then focus our attention on the national context, starting from a historical evolution of the regime, in order to look in more detail at the specific circumstances in which the contracting authorities and the jury can ask for clarification, correct irregularities in applications and proposals, or even proceed unofficially with the rectification of those, making the necessary delimitation of the institute and clarifying the circumstances in which it is applicable. At this point, the issue of electronic signatures is also addressed, which not infrequently calls for the application of the institute of supply of irregularities, so it is important to densify the exact extent to which this is possible, without neglecting the vast jurisprudence that exists on the subject and that has contributed a lot to the doctrinal discussion.

Keywords:

Public contracts; public procurement; clarifications; supply of proposals; regularization of proposals.

ÍNDICE

I.	INTRODUÇÃO.....	15
1.	Objeto	17
2.	Método e razão de ordem	19
II.	DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E DIREITO COMPARADO.....	21
3.	O regime de esclarecimentos e suprimento de propostas	23
4.	Uma análise do instituto no Direito Comparado	33
4.1	O Direito francês	34
4.2	O Direito italiano	37
III.	DISSECANDO O REGIME PORTUGUÊS	41
5.	As noções de candidatura e proposta.....	41
5.1	Atributos da proposta	45
5.2	Termos ou condições da proposta	47
6.	Os esclarecimentos relativos às candidaturas e propostas.....	53
7.	O suprimento de irregularidades nas propostas e candidaturas	59
7.1	O estado da arte antes da aprovação do Código dos Contratos Públicos ...	60
7.2	Entre a aprovação do Código dos Contratos Públicos e o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto	65
7.2.1.	A teoria da degradação das formalidades essenciais.....	66
7.2.2.	A autoatribuição de competências para suprir irregularidades	69
7.3	O regime atual	71
8.	A retificação oficiosa de erros nas candidaturas e propostas	83
9.	A problemática das assinaturas eletrónicas	86
9.1	A utilização de um tipo de assinatura que não o legalmente exigido.....	93
9.2	A omissão de assinatura ou de documento habilitante	94
9.3	A assinatura não individualizada por documento.....	98
9.4	A assinatura de documentos por terceiros	102

10. Considerações finais	103
IV. CONCLUSÃO.....	106
BIBLIOGRAFIA	109
JURISPRUDÊNCIA.....	115

I. INTRODUÇÃO

O contrato constitui um modelo de vinculação próprio do direito privado, de criação autónoma e livre de obrigações jurídicas, de natureza consensual e pactuada, que pressupõe a igualdade jurídica entre as partes. Foram estas características que de início levantaram algumas resistências quanto à aceitação do contrato como forma de atuação administrativa, ainda para mais se considerarmos que o direito administrativo, na sua génese, visava regular relações de desigualdade jurídica, surgindo a Administração Pública numa posição de supremacia e de autoridade face ao administrado, atuando de forma unilateral. A estes fatores, acresce que a Administração visa a prossecução de interesses públicos legalmente definidos, que não podem estar dependentes do arbítrio das partes.

No final do século XIX e início do século XX, em virtude do grande desenvolvimento tecnológico e económico a que se assistiu, a Administração passou a recorrer mais assiduamente à figura do contrato, ainda que se negasse autonomia ao contrato administrativo.

Contudo, a necessidade de se realizar grandes obras públicas e de estabelecer diversas infraestruturas, como sejam redes ferroviárias, rodoviárias, telecomunicações, abastecimento de água, iluminação pública, bem como a exploração de serviços para o público, vieram exigir uma maior colaboração do setor privado, ainda para mais considerando a ausência de recursos técnicos, humanos e financeiros da Administração para fazer face àquelas necessidades. Este foi o ponto de viragem que fez cair as reservas anteriormente sentidas, surgindo a figura do contrato administrativo.

O contrato administrativo é um acordo sinalagmático, no qual a autoridade administrativa prossegue, por via do setor privado, o interesse público, permitindo que a Administração imponha, licitamente, alterações contratuais ou se desvincule da relação contratual, consubstanciando uma forma de exercício do poder administrativo¹. O contrato administrativo resulta de um acordo fundado em duas declarações de vontade, das quais ficam dependentes os efeitos jurídicos daquele, e que constituem condição de

¹ Cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ FIGUEIREDO DIAS, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, p. 286.

existência jurídica do contrato, distinguindo-se, como tal, do ato e do regulamento administrativo, que constituem formas de atuação unilateral da Administração.

O contrato administrativo foi-se afirmando e generalizando, passando a ser reconhecido pelas instâncias europeias que, conjuntamente com as administrações nacionais, procuraram flexibilizar a colaboração dos particulares para a concretização do interesse público, assistindo-se hoje a uma europeização dos contratos públicos², assente em princípios fundamentais – como sejam os princípios da igualdade, da concorrência e da transparência –, na transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais das diretivas europeias, e na aplicação de normas europeias pela jurisprudência nacional.

Neste contexto, em 2008 entrou em vigor o Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que abrange não só os contratos previstos pelas diretivas europeias, que por esta via foram transpostas, mas todo e qualquer contrato celebrado pelas entidades adjudicantes nele previstas, seja ou não o seu objeto suscetível de estar submetido à concorrência. Daí ser possível afirmar que o conceito de contrato público não se esgota na figura do contrato administrativo, indo para além dele, «na medida em que abrange todos os contratos celebrados no âmbito da função administrativa, independentemente da sua designação e da sua natureza administrativa ou privada, desde que sejam outorgados pelas entidades referidas no Código»³.

Assim, o contrato público abrange uma diversidade de contratos celebrados pelas entidades públicas, enquanto solicitadoras de bens ou serviços numa economia de mercado concorrencial, pressupondo um procedimento pré contratual encetado por uma entidade adjudicante para seleção do cocontratante⁴. É no contexto deste procedimento adjudicatório que não raras vezes as entidades adjudicantes, e o júri designado para a condução do procedimento de contratação pública, são confrontados com dúvidas que merecem ser esclarecidas ou com candidaturas ou propostas que padecem de vícios, irregularidades que, consoante os casos, podem ser alvo de um subprocedimento de regularização de modo a evitar que sejam excluídas por motivos estritamente formais,

² Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 21-22.

³ Cit. FERNANDA PAULA OLIVEIRA E JOSÉ FIGUEIREDO DIAS, *Noções...*, cit., p. 288.

⁴ Sobre a noção de contrato administrativo e contrato público, v. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2014, pp. 11-24; v. LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, Lisboa, AAFDL, 2014, p. 27.

que em nada aproveitam ao interesse público. É sobre este instrumento de regularização que o presente trabalho se debruçará nas próximas páginas.

1. Objeto

Configurando a contratação pública um universo normativo que se insere no ambiente do Direito Administrativo, os procedimentos de formação de contratos públicos acabaram por absorver características típicas dos procedimentos administrativos, como sejam o elevado grau de formalização e rigorosas obrigações no que diz respeito à formulação de documentos por parte dos operadores económicos, designadamente candidaturas e propostas⁵.

É precisamente com a formulação das propostas que não raras vezes ocorrem factos que levantam dúvidas sobre a sua aceitabilidade e, conseqüentemente, suscitam a questão delicada de saber em que medida pode o júri do procedimento pedir esclarecimentos e se deve admitir que um concorrente corrija ou supra qualquer falha da sua proposta. Pois é nesta fase que, do ponto de vista concorrencial, o problema se coloca com mais acuidade, já que é aí que a (im)possibilidade de suprimento determinará quem ganha ou perde um determinado contrato⁶.

Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o Código dos Contratos Públicos (CCP) constitui um importante marco histórico na evolução do Direito Administrativo nacional, designadamente no que diz respeito à atividade contratual da Administração Pública, na medida em que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo, tendo transposto para o ordenamento jurídico português as Diretivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março. Contudo, o CCP foi além da mera reprodução das regras constantes naquelas Diretivas, criando um conjunto de normas relativas aos procedimentos pré-contratuais, de modo a dar resposta à necessidade de uniformização de regras dispersas, de regulamentação de

⁵ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 487.

⁶ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, «Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas», in CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO, TIAGO SERRÃO, MARCO CALDEIRA (COORDS.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 930.

vazios jurídicos, de simplificação procedimental e modernização legislativa, no sentido de introduzir um maior rigor e celeridade em matéria de contratação pública⁷.

Prosseguindo sempre objetivos de simplificação, flexibilização e celeridade, o CCP foi sofrendo várias alterações, designadamente, e para o que importa para o presente trabalho, em matéria de esclarecimentos e suprimento de candidaturas e propostas. Na verdade, até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, o regime estatuído no artigo 72.º somente contemplava a possibilidade de o júri do procedimento pedir aos concorrentes esclarecimentos sobre as propostas apresentadas, sendo totalmente omissivo quanto ao suprimento de irregularidades contidas naquelas. Ora, a ausência de norma permissiva que habilitasse o júri ou a entidade adjudicante a suprir irregularidades nas propostas fez correr muita tinta na doutrina e jurisprudência, que resultou na criação de “válvulas de escape” que se materializaram no uso recorrente da teoria da degradação das formalidades essenciais em formalidades não essenciais ou, em alternativa, na autoatribuição de competências para que as irregularidades detetadas fossem sanadas, no sentido de evitar a exclusão de candidaturas e propostas por motivos estritamente formais.

Com a aprovação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, a redação do artigo 72.º do CCP acomodou o dever de o júri do procedimento solicitar aos candidatos e concorrentes que procedam ao suprimento das irregularidades das suas candidaturas e propostas causadas por preterição de formalidades, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data da apresentação da candidatura ou proposta⁸, bem como o dever de o júri proceder à retificação oficiosa de erros de escrita ou de cálculo⁹. Ora, é precisamente sobre o disposto no artigo 72.º do CCP que o presente trabalho incide, no sentido de analisar a evolução do regime, as divergências doutrinárias que o mesmo suscitou e ainda suscita na comunidade jurídica, e as decisões jurisprudenciais proferidas que pouco fizeram para apaziguar a discussão sobre o tema.

Atenta a diversidade de matérias a que o tema convida, e o facto de a norma estar prevista na Parte II (contratação pública), Título II (fase de formação do contrato), Capítulo VII (análise das propostas e adjudicação) do Código, o presente trabalho não se

⁷ Cf. o n.º 1 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

⁸ Cf. artigo 72.º, n.º 3 do CCP.

⁹ Cf. artigo 72.º, n.º 4 do CCP.

cinge a um determinado procedimento pré-contratual. Com isto pretendemos que o presente estudo abranja tantas situações, quantas as que as entidades adjudicantes são confrontadas no seu dia-a-dia, tendo perfeitamente consciência que estaremos longe de as esgotar. Nesse sentido, a presente dissertação pretende oferecer aos interessados uma visão mais aprofundada do regime de esclarecimentos e suprimento de irregularidades nas propostas e candidaturas, vertido no artigo 72.º do CCP, constituindo um documento de apoio que, espera-se, permita esclarecer algumas dúvidas relacionadas com o tema.

2. Método e razão de ordem

Identificado o objeto do nosso estudo, importa densificar de que modo a investigação foi feita, quais as fontes consultadas, a que público se destina, e de que forma estruturámos o trabalho que ora é apresentado.

Como já tivemos oportunidade de expor, com o presente trabalho procurou-se analisar o regime de esclarecimentos e suprimento de propostas e candidaturas na versão atual do CCP, sem descurar os seus primórdios. Procurou-se, também, efetuar uma pesquisa e um estudo bibliográfico dos conceitos gerais e teóricos, através do qual partimos para uma primeira abordagem na ótica do Direito Europeu e do Direito Comparado, para posteriormente enquadrarmos o regime na legislação nacional em vigor.

Desta forma, procurámos compreender e aprofundar os conhecimentos necessários que permitiram uma análise esmiuçada, mas não exaustiva, do regime de esclarecimentos e suprimento de propostas e candidaturas, recorrendo a casos concretos da jurisprudência nacional e europeia, que melhor ilustram a amplitude do tema a que nos propusemos.

A metodologia de investigação utilizada para a feitura do presente trabalho foi a seguinte:

- i. Pesquisa de bibliografia;
- ii. Definição de conceitos;
- iii. Seleção de informação para densificação de matérias relativamente consolidadas na ordem jurídica portuguesa;
- iv. Seleção de informação para a abordagem nacional e transnacional do tema;
- v. Consulta de jurisprudência nacional e europeia.

As fontes de informação utilizadas foram as seguintes:

- i. Pesquisa da regulamentação nacional e europeia aplicável;
- ii. Pesquisa bibliográfica das publicações mais recentes e úteis sobre os assuntos que nos propusemos desenvolver;
- iii. Leitura de monografias e artigos científicos sobre as várias abordagens a que o tema convida;
- iv. Pesquisa em sítios da internet;
- v. Análise de trabalhos finais de curso e dissertações apresentadas anteriormente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no sentido de apurar o melhor método expositivo dos conceitos e conteúdo em geral.

No que concerne à estrutura, a presente dissertação encontra-se dividida em quatro partes, contemplando um total de dez capítulos, através dos quais procuramos oferecer uma análise cuidada e aprofundada sobre o regime de esclarecimentos e suprimento de irregularidades de propostas e candidaturas no âmbito da contratação pública.

A primeira parte é introdutória e contempla dois capítulos, principiando por uma breve introdução da atividade administrativa, abordando superficialmente os conceitos de contrato administrativo e de contrato público, a partir dos quais fazemos a ponte para o concreto tema do presente trabalho, elencando as temáticas que o mesmo visa alcançar, os objetivos prosseguidos com a investigação e de que forma esta foi feita.

Na segunda parte, que abrange dois capítulos, abordamos primeiramente o Direito da União Europeia no que concerne à densificação do conceito de contrato público, as preocupações transnacionais em matéria de contratação pública, a evolução da legislação europeia no que diz respeito ao regime de esclarecimentos e suprimento de propostas e candidaturas, e o que a jurisprudência dos tribunais europeus nos oferece dizer nesta sede. De seguida fazemos uma análise ao Direito Comparado, nomeadamente aos sistemas francês e italiano e de que forma o regime é abordado nestes ordenamentos jurídicos.

Entramos, então, na terceira parte, na qual procuramos, ao longo dos seis capítulos que o constituem, aprofundar o tema na ótica do direito nacional, principiando por uma abordagem mais concetual que é feita em sede do capítulo quinto, para avançarmos gradualmente para os esclarecimentos que podem ser solicitados pelo júri do

procedimento em sede de análise das propostas, matéria que é densificada no capítulo sexto.

Avançamos no sétimo capítulo para o suprimento de irregularidades de propostas e candidaturas, traçando o percurso histórico e legal deste regime, abordando a evolução doutrinal e jurisprudencial que o mesmo sofreu ao longo do tempo, até ao culminar da mais recente alteração legislativa do CCP. Por sua vez, no oitavo capítulo procuramos desenvolver a matéria da retificação oficiosa de erros nas candidaturas e propostas, esmiuçando em que circunstâncias o júri pode lançar mão deste instrumento em concreto.

No nono capítulo procedemos ao último subtópico do tema do presente trabalho, abordando a questão das assinaturas eletrónicas das propostas e candidaturas que, com o advento da contratação pública eletrónica, suscitou os mais variados problemas com soluções algo diferenciadas. A terceira parte termina com um décimo capítulo, no qual tecemos algumas considerações sobre o regime de esclarecimentos e suprimento de irregularidades de candidaturas e propostas no CCP.

Por fim, na quarta e última parte, fazemos o devido encerramento desta dissertação em sede de conclusões e reflexões finais.

II. DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E DIREITO COMPARADO

A contratação além das fronteiras nacionais naturalmente viabilizou a constituição de um mercado único europeu, que por sua vez constitui um instrumento de concretização dos princípios da igualdade, da concorrência e da não discriminação em razão da nacionalidade¹⁰, contribuindo para a dinamização do setor privado, uma boa gestão de dinheiros públicos e a reestruturação da economia europeia, sem descurar a prossecução do interesse público.

¹⁰ Sobre este ponto, importa ter em consideração que a contratação pública europeia é fortemente influenciada pelos princípios contidos no Tratado da União Europeia, designadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, através dos quais surgem os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, da proporcionalidade e da transparência, cf. considerando 2 da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março. Ainda a este propósito v. Acórdão do TJUE, de 07/12/2000, *Telaustria*, C-324/98, n.ºs 60, 61 e 62, onde o TJUE considerou que dos princípios do Tratado decorrem implicações procedimentais para a formação dos contratos de concessão de serviços públicos.

Tal fez com que o legislador europeu considerasse a criação de um regime jurídico uniforme aplicável a todos os Estados membros, de forma a combater as práticas restritivas e protecionistas. Com o intuito de uniformizar os procedimentos de adjudicação e definir garantias, assistiu-se a uma tendencial codificação das regras da contratação pública, impulsionada pela publicação das Diretivas de 2004¹¹, ficando desta forma codificadas as regras que se encontravam dispersas por vários diplomas e preceitos avulsos relativos à contratação pública.

Através daquelas Diretivas ficou previsto que a adjudicação deve assentar em critérios objetivos que assegurem o respeito pelos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento. Pretendeu-se, ainda, garantir que as propostas sejam apreciadas em condições de concorrência efetiva.

O conceito de contrato público europeu é definido como o contrato, a título oneroso, celebrado por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, que tenha por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços¹². Desta definição é possível identificar alguns elementos caracterizadores: 1) a onerosidade; 2) a redução a escrito do contrato; 3) o elemento orgânico que indica as partes ou os sujeitos do contrato (os operadores económicos e as entidades adjudicantes); 4) o elemento substancial, que referencia o objeto do contrato (execução de obras, fornecimento de produtos ou prestação de serviços). Esta definição de contrato público está concebida para os contratos de compras públicas, deixando de fora os demais contratos da Administração, designadamente os contratos de concessão a que se refere a Diretiva n.º 2014/23/UE¹³.

No que diz respeito à contratação pública, os objetivos das regras do Direito Europeu passam por garantir que as mesmas materializam a liberdade de circulação de serviços e a abertura dos mercados, tal qual está preconizado nos Tratados. Para tal, é essencial que

¹¹ Referimo-nos às Diretivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, respetivamente.

¹² Cf. artigo 2.º, n.º 1, alínea 5) da Diretiva n.º 2014/24/UE.

¹³ A Diretiva n.º 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão de obras públicas ou de serviços, define estes como contratos a título oneroso celebrados por escrito, mediante os quais a entidade adjudicante confia a execução de obras ou a prestação e gestão de serviços a um ou mais operadores económicos, cuja contrapartida consiste na exploração daqueles acompanhado de um pagamento (cf. alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 5.º).

os princípios da igualdade de tratamento e da transparência estejam latentes em todo e qualquer procedimento de contratação pública, como forma de evitar qualquer risco de favoritismo ou arbitrariedade decisória por parte do contraente público¹⁴ no procedimento pré-contratual.

3. O regime de esclarecimentos e suprimento de propostas

As Diretivas europeias de contratação pública de 2004 estabeleciam a possibilidade de as entidades adjudicantes convidarem os operadores económicos a complementar ou explicitar os documentos entregues a título de habilitação ou quanto ao preenchimento dos requisitos de capacidade técnica e financeira¹⁵, conferindo pouca margem para a apresentação de informação adicional findo o prazo para a receção de propostas, o que se veio a revelar ter ficado bastante aquém dos constrangimentos com que as entidades adjudicantes se vieram a deparar, se considerarmos a panóplia de casos que chegaram aos tribunais europeus em matéria de propostas irregulares, conforme veremos mais adiante.

As Diretivas de 2004 não eram claras quanto à possibilidade das entidades adjudicantes poderem solicitar aos operadores económicos quaisquer documentos com vista a suprir as respetivas propostas, e muito menos em que termos é que tal poderia ser feito¹⁶. Rapidamente se constatou que a falta de flexibilidade nesta matéria originava a exclusão de propostas economicamente vantajosas e a restrição desproporcionada da concorrência.

Uma abordagem menos formalista desta matéria, alicerçada no princípio da boa administração, que se traduz na prossecução do interesse público da forma mais eficiente – isto é, mais racional, expedita e económica – e que impele os contraentes públicos a analisarem de forma imparcial as circunstâncias do caso concreto com que sejam confrontados, permite manter um certo nível de competitividade sem pôr em causa os

¹⁴ Cf. XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE, «Why Manova is not Slovensko: a new balance between equal treatment of tenderers and competition?», *Public Procurement Law Review*, n.º 4, 2015, p. 2.

¹⁵ Cf. artigo 51.º da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.

¹⁶ Cf. CARINA RISVIG HAMER, «Requesting additional information – increase of flexibility and competition?», in GRITH SKOVGAARD ØLYKKE e ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 235.

princípios que norteiam a contratação pública¹⁷. Nesta senda, o Tribunal de Justiça da União Europeia desde cedo revelou abertura quanto à sanção de propostas e candidaturas irregulares após o termo do prazo para a sua apresentação, com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da concorrência, desde que tal não implicasse o favorecimento indevido de um ou mais proponentes ou candidatos.

Neste contexto, surgiram vários acórdãos acerca dos mais variados casos, mas através dos quais é possível afirmar, genericamente, que sempre se admitiu que os contraentes públicos contactassem os operadores económicos no sentido de obterem esclarecimentos ou corrigir erros contidos nas propostas. O TJUE estabeleceu ainda linhas orientadoras acerca deste regime, e da sua conciliação com o princípio da igualdade de tratamento, designadamente: 1) que os pedidos de esclarecimentos só podem ser solicitados depois do contraente público ter analisado todas as propostas¹⁸; 2) devem ser remetidos em termos idênticos a todos os operadores económicos que se encontrem em situação de ver as suas propostas excluídas e sobre todos os aspetos que careçam de clarificação¹⁹; 3) o esclarecimento prestado não pode redundar numa nova proposta²⁰; 4) o contraente público deve tratar todos os operadores económicos de forma igual e neutra, de forma a afastar qualquer suspeita de favorecimento ou desfavorecimento face ao concorrente a quem tenha sido remetido o pedido de esclarecimento²¹; 5) o esclarecimento não pode materializar-se na entrega de quaisquer documentos posteriores à data limite da entrega das propostas e que as peças do procedimento exigissem sob pena de exclusão²²; e 6) podem ser solicitados documentos acerca do concorrente ou candidato, desde que sejam referentes a situações prévias à data limite para entrega da proposta ou candidatura²³.

Nesta senda, as Diretivas de 2014 procuraram introduzir um acréscimo de flexibilidade, designadamente através da possibilidade de negociação das propostas, do estabelecimento de prazos para a sua apresentação e das regras da publicação dos

¹⁷ Cf. ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, «A duty to ‘save’ seemingly non-compliant tenders for public contracts? Comments on Art 72 of the 2017 Portuguese Code of Public Contracts», *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2, 2018, p. 64.

¹⁸ Cf. Acórdão do TJUE, de 29/03/2012, *Slovensko*, C-599/10, n.º 42.

¹⁹ Cf. Acórdão do TJUE, de 11/05/2017, *Archus e Gama*, C-131/16, n.º 30.

²⁰ Cf. Acórdão do TJUE, de 04/05/2014, *Esaprojekt*, C-387/14, n.º 39; e acórdão do TJUE, de 11/05/2017, *Archus e Gama*, C-131/16, n.º 31.

²¹ Cf. Acórdão do TJUE, de 07/04/2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, n.º 65.

²² Cf. ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, «A duty to ‘save’...», cit., p. 63.

²³ Cf. Acórdão do TJUE, de 10/10/2013, *Manova*, C-336/12, n.º 39.

anúncios dos procedimentos de contratação pública. Uma vez que as Diretivas não indicam expressamente a forma como essa flexibilidade deve ser introduzida, cabe aos Estados-Membros, no respeito pelos princípios da União Europeia, definirem como os diplomas nacionais irão refletir essa necessária flexibilidade em harmonia com as Diretivas.

Sensível às dificuldades de aplicação e de conciliação dos vários princípios de contratação pública que imperavam na sequência das Diretivas de 2004, o legislador europeu procurou, através do artigo 56.º, n.º 3 da Diretiva n.º 2014/24/UE, introduzir não só uma maior flexibilidade ao regime de suprimento de propostas e candidaturas, mas também um acréscimo de segurança jurídica, na medida em que passou a prever expressamente a possibilidade dos contraentes públicos contactarem os operadores económicos no sentido de obterem esclarecimentos sobre as propostas ou convidando-os a procederem à sanção de irregularidades nelas contidas – o que, de resto, já era entendimento da jurisprudência.

Contudo, a redação da disposição não foi totalmente pacífica, se consideramos que a primeira proposta do artigo 56.º, n.º 3 da Diretiva previa um dever para a entidade adjudicante de convidar os operadores económicos a regularizar as respetivas propostas. Após negociações entre o Conselho Europeu e alguns Estados-Membros, optou-se por uma redação menos impositiva, no sentido de oferecer às entidades adjudicantes a faculdade de lançarem mão do instituto caso assim o entendam. O facto de o subprocedimento regulatório das propostas ser voluntário para as entidades adjudicantes garante que os proponentes tentarão assegurar que a proposta apresentada está em conformidade com os requisitos estabelecidos pela entidade adjudicante, uma vez que não é garantido que possam apresentar informações adicionais posteriormente²⁴.

É no contexto das Diretivas de 2014 que surge expressamente a previsão que as entidades adjudicantes podem solicitar aos operadores económicos que apresentem, acrescentem, clarifiquem ou completem a informação ou documentação pertinentes num prazo adequado, desde que tal seja solicitado no respeito integral pelos princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Tal prerrogativa pode ser utilizada quando a

²⁴ Cf. CARINA RISVIG HAMER, «Requesting additional information...», cit., pp. 237-238.

informação ou a documentação a apresentar pelos operadores económicos for ou parecer incompleta ou incorreta, ou quando faltarem documentos específicos²⁵.

Antes de mais, é importante frisar que o n.º 3 do artigo 56.º da Diretiva n.º 2014/24/UE confere um poder-dever, conforme tem sido entendimento na jurisprudência europeia, não se tratando de uma mera faculdade que é concedida às entidades adjudicantes e à qual podem deitar a mão de acordo com a sua discricionariedade²⁶. Na verdade, tem sido entendimento que as entidades adjudicantes não podem excluir qualquer proposta com o fundamento de não conter um determinado documento ou informação sem primeiro se ter dado oportunidade ao operador económico para se pronunciar sobre essa omissão²⁷.

Por outro lado, também tem sido entendimento da jurisprudência europeia que cabe ao legislador nacional de cada Estado-Membro regular o regime dos esclarecimentos e suprimento de irregularidades nas propostas²⁸ e, em última linha, que compete ao contraente público decidir sobre se deve ou não pedir esclarecimentos quando confrontados com uma situação de dúvida. As Diretivas traçam uma linha orientadora, competindo depois a cada Estado-Membro transpor, dentro da sua margem de discricionariedade e de acordo com os princípios e regras europeus, para o ordenamento jurídico nacional. Por outro lado, caso um Estado-Membro tenha optado por não transpor este instituto, sempre é argumentável que a faculdade de solicitar informação adicional já decorre dos princípios da igualdade de tratamento²⁹ e da proporcionalidade.

Assim, sempre que o contraente público se depare com uma proposta imprecisa ou que não corresponda integralmente aos requisitos técnicos exigidos, deve convidar o concorrente a pronunciar-se. Contudo, fica desde logo proibida qualquer forma de correção ou alteração ao conteúdo da proposta, de modo a evitar dar ares que a entidade

²⁵ Cf. artigo 56.º, n.º 3 da Diretiva n.º 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revogou a Diretiva n.º 2004/18/CE.

²⁶ Cf. ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, «A duty to 'save'...», cit., p. 64.

²⁷ Cf. Acórdão do TG, de 10/12/2009, *Antwerpse Bouwwerken NV vs. Comissão*, T-195/08, n.º 57.

²⁸ Cf. Acórdão do TJUE, de 28/02/2018, *M.A.T.I. SUD*, C-523/16 e C-536/16, n.º 46.

²⁹ Cf. CARINA RISVIG HAMER, «Requesting additional information...», cit., p. 244. A este propósito v. acórdão do TG, de 10/12/2009, *Antwerpse Bouwwerken NV vs. Comissão*, T-195/08, n.º 56. Por sua vez, o TJUE veio posteriormente afirmar que não advém para a entidade adjudicante nenhuma obrigatoriedade de convidar os operadores económicos a esclarecerem os termos das suas propostas, nem estes se podem queixar de a entidade adjudicante não ter obrigações nessa matéria, uma vez que a falta de clareza da proposta apenas resulta de uma omissão do seu dever de diligência na redação da mesma (cf. acórdão do TJUE, de 29/03/2012, *Slovensko*, C-599/10, n.º 38).

adjudicante negociou com o operador económico em moldes vedados aos outros concorrentes, desta forma desvirtuando o princípio da igualdade de tratamento.

Os princípios da igualdade de tratamento e da transparência estabelecem determinados limites no que concerne ao que é suscetível de ser aceite a título de esclarecimentos ou sanção de irregularidades nas propostas. À priori a entidade adjudicante estaria sempre vinculada a excluir as propostas irregulares, não cabendo na sua margem de discricionariedade decidir sobre a aceitação ou rejeição de tais propostas. Contudo, tal não implica que a entidade adjudicante esteja automaticamente obrigada a excluir, ou que não possa iniciar um subprocedimento de clarificação de propostas irregulares, quando o contraente público esteja em condições de determinar os termos em que o operador económico se quis vincular³⁰. Tal possibilidade de contraditório é até desejável, não só como um requisito do princípio da boa administração, mas também do princípio da concorrência³¹.

A exclusão automática de propostas irregulares encerra um formalismo exacerbado que pode ter consequências negativas em termos de competitividade, podendo chegar ao ponto de o contraente público ficar privado de contratar com o operador económico que tenha apresentado a proposta economicamente mais vantajosa³².

O regime de pedidos de esclarecimentos e saneamento de irregularidades nas propostas vertido no artigo 56.º, n.º 3 da Diretiva n.º 2014/14/UE, contém um conjunto de regras de aplicação que importa densificar. Antes de mais, os esclarecimentos devem ser solicitados a título excecional, e não como regra. E é essencial que fique registado no procedimento de contratação pública os motivos que estiveram na base desse pedido por parte da entidade adjudicante – como forma de acautelar o princípio da transparência, mas também para permitir o escrutínio e monitorização de todos os interessados –, que o deve solicitar estritamente quando é necessário. Se a dúvida suscitada pode ser resolvida no contexto da análise da proposta, não é necessário pedir quaisquer esclarecimentos ao operador económico³³.

³⁰ Cf. ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, «A duty to ‘save’...», cit., p. 62.

³¹ Cf. Idem, p. 64.

³² Cf. CARINA RISVIG HAMER, «Requesting additional information...», cit., p. 236.

³³ Cf. Idem, pp. 244-245.

Por outro lado, considerando que o contraente público está sujeito ao princípio da igualdade de tratamento, assente na neutralidade do contraente público, este materializa-se nos seguintes moldes: 1) os esclarecimentos que sejam pedidos não podem favorecer ou desfavorecer qualquer concorrente; 2) o pedido deve ser feito a todos os operadores económicos que estejam na mesma situação³⁴; 3) os esclarecimentos não devem ser prestados caso se verifique que daí possa resultar um tratamento diferenciado, principalmente quando se trate de uma proposta que deva ser excluída; e 4) o pedido de esclarecimentos só pode ser feito quando a entidade adjudicante tenha analisado todas as propostas a concurso³⁵. No essencial, o que se pretende é que o contraente público aja como entidade neutra no procedimento de contratação pública, e que os esclarecimentos solicitados não tenham impacto no desfecho desse procedimento, uma vez que a proposta que mereceu as clarificações não sofreu quaisquer alterações, simplesmente ficou claro aquilo que anteriormente não era.

Chegados a este ponto, é importante frisar que o pedido de esclarecimentos deve ser circunscrito à mera clarificação daquele aspeto que merece dúvidas, pelo que a entidade adjudicante não pode, sob circunstância alguma, aceitar uma clarificação que consubstancie uma nova proposta ou que comporte qualquer modificação à proposta apresentada, sob pena de ser violado o princípio da tangibilidade das propostas.

Acresce que o pedido de esclarecimentos ou a sanção de irregularidades detetadas deve contemplar todos os aspetos da proposta que careçam de clarificação. Não pode ser excluída a proposta cujos aspetos menos óbvios não foram solicitados ao operador económico que clarificasse.

Nesse sentido, no caso *Manova*³⁶ decidiu-se pela interpretação do princípio da igualdade de tratamento no sentido de que não se opõe a que uma entidade adjudicante peça a um candidato, após expirado o prazo previsto para a apresentação de candidaturas a um contrato público, a comunicação de documentos descritivos da situação desse candidato, como o balanço publicado, desde que a sua existência fosse anterior ao termo do prazo fixado para a apresentação das candidaturas. Contudo, neste caso foi favorecido o princípio da concorrência em detrimento do princípio da igualdade de tratamento, na

³⁴ Cf. Acórdão do TG, de 10/12/2009, *Antwerpse Bouwwerken NV vs. Comissão*, T-195/08, n.ºs 79 e 80.

³⁵ Cf. XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE, «Why Manova is not Slovensko?...», cit., p. 3.

³⁶ Cf. Acórdão do TJUE, de 10/10/2013, *Manova*, C-336/12, n.º 42.

medida em que foi concedida uma segunda oportunidade para que alguns concorrentes apresentassem determinados documentos que deviam ter acompanhado a candidatura, ou seja, que deveriam ter sido entregues até ao termo do prazo para a sua apresentação e que, não o tendo feito, podem ainda assim fazê-lo, pois a entidade adjudicante os convidou a tal, com a agravante de que essa entrega é feita depois desse prazo limite que foi definido e igualmente aplicável a todos os concorrentes. No caso *Manova*, o princípio da concorrência foi levado ao extremo em que se pretendeu que todos os concorrentes estivessem em iguais circunstâncias de comparabilidade das propostas apresentadas, ainda que tal tenha sido conseguido com preterição do princípio da igualdade de tratamento. Importa salientar que tal só foi possível, como o próprio TJUE afirma, porque a entidade adjudicante não sancionou com a exclusão da candidatura a omissão daqueles documentos.

Por outro lado, no caso *Slovensko*³⁷ o TJUE impôs determinados limites à discricionariedade do contraente público no que diz respeito a este poder-dever de pedir esclarecimentos relativamente às propostas dos concorrentes, nomeadamente nos casos em que as peças do procedimento exigem que as propostas venham acompanhadas de determinados documentos. Nestas circunstâncias, não pode a entidade adjudicante, em sede de pedidos de esclarecimentos, solicitar que o operador económico entregue o documento em falta. Pois a informação ou documento remetidos nessa circunstância não seria configurada como uma clarificação, mas como a submissão fora de prazo de um documento que constitui e faz parte integrante da proposta e, como tal, violaria os princípios da concorrência, da igualdade de tratamento e da transparência, pois estaria a ser beneficiado, ou pelo menos a ser dada mais uma oportunidade, ao operador económico que, em situação de igualdade perante os demais concorrentes, não tinha apresentado a informação ou documento exigido pelas peças do procedimento³⁸.

É necessário encontrar um equilíbrio entre os princípios da concorrência e da igualdade de tratamento quando se fala no regime de esclarecimentos e suprimento de irregularidades nas propostas. Enquanto no caso *Slovensko* a informação requisitada tinha por objetivo comparar os atributos das propostas, no caso *Manova* estamos perante um pedido de entrega de documentos fora de prazo, que em nada belisca o mérito das

³⁷ Cf. Acórdão do TJUE, de 29/03/2012, *Slovensko*, C-599/10, n.ºs 36-44.

³⁸ Cf. XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE, «Why Manova is not Slovensko?...», cit., pp. 5-6.

propostas a concurso, mas que se prende com a qualificação dos concorrentes. A verdade, é que dar uma segunda oportunidade aos operadores económicos para cumprirem com um requisito do procedimento será sempre conotado como um favorecimento concedido àqueles menos diligentes, pervertendo os princípios da concorrência e da igualdade de tratamento.

Situação diferente surge quando está em falta um determinado atributo da proposta, como seja a indicação de um preço unitário num documento sumário, género tabela comparativa de preços entre os vários concorrentes, mas esse atributo esteja indicado num outro documento da proposta. A exclusão de uma proposta nestas circunstâncias seria manifestamente injusta e contrária aos princípios da concorrência e da proporcionalidade³⁹, porquanto não estamos perante uma situação que compromettesse as regras do procedimento de contratação pública, devendo a entidade adjudicante solicitar esclarecimentos ao concorrente ou mesmo proceder oficiosamente a essa correção. Nestes casos estamos perante erros óbvios e até mesmo insignificantes, porquanto não se trata de um atributo da proposta que está inteiramente omissa. Ele consta da proposta, simplesmente não está visível no exato documento requerido pela entidade adjudicante. Para todos os efeitos, quaisquer esclarecimentos que sejam prestados nesta sede não consubstanciam uma modificação da proposta, porquanto não está a ser proposto um novo preço, antes está somente a ser clarificado que o preço proposto consta numa outra parte da proposta⁴⁰.

Acresce que se o atributo em falta (um preço unitário) era possível de ser deduzido com elevado grau de certeza de um outro item da proposta, os esclarecimentos consubstanciarão uma clarificação daquilo que já constava de forma implícita da proposta. Contudo, se da inserção desse preço unitário omissa resultar uma alteração do preço da proposta, tal consubstanciará uma alteração à proposta inicialmente apresentada e, como tal, deverá ser excluída.

A situação tende a complicar-se caso a entidade adjudicante preveja como consequência a exclusão automática da proposta que não cumpra com determinadas especificações elencadas nas peças do procedimento. Nestas circunstâncias, o contraente público deve excluir a proposta, não havendo margem para sanar a irregularidade

³⁹ Cf. Acórdão do TG, de 10/12/2009, *Antwerpse Bouwwerken NV vs. Comissão*, T-195/08, n.ºs 60-65.

⁴⁰ Cf. *Idem*, n.ºs 74-77.

detetada⁴¹. Na verdade, o contraente público tem o dever de excluir as propostas que não cumpram com os requisitos por si exigidos e cuja omissão tenha por consequência a exclusão automática⁴². Neste contexto, não haverá qualquer margem para um subprocedimento de contraditório com o operador económico. Contudo, ainda nestas circunstâncias, o TJUE reitera que o princípio da proporcionalidade impele que o contraente público deve pedir os esclarecimentos necessários em vez de excluir sem mais a proposta.

Por outro lado, a jurisprudência europeia tem reiteradamente afirmado que os pedidos de esclarecimentos devem ser sempre feitos antes do contraente público avançar com a exclusão de um operador económico com fundamento em documentação não entregue ou aspetos menos claros da sua proposta. Um pouco à semelhança do que acontece com o regime das propostas de preço anormalmente baixo, no qual fica vedada a exclusão do concorrente sem que lhe tenha sido dada oportunidade de contraditório, também no regime de esclarecimentos e suprimento de irregularidades fica vedada à entidade adjudicante a possibilidade de excluir o concorrente sem que previamente o tenha convidado a pronunciar-se. Acrescente-se que tal conduta seria contrária aos princípios da boa administração e da concorrência⁴³.

Por sua vez, no caso *Pippo Pizzo*⁴⁴, o TJUE entendeu que os princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade devem ser interpretados no sentido de não se oporem a que um operador económico regularize uma obrigação contributiva após o termo do prazo concedido para a apresentação de propostas, atendendo ao facto dessa condição de participação não estar expressamente prevista nos documentos do concurso. E no Acórdão *MA.T.I. SUD*⁴⁵, o TJUE decidiu que os princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da proporcionalidade devem ser interpretados no sentido de que não se opõem, em regra, a uma legislação nacional que estabeleça um mecanismo de retificação do processo, através do qual a entidade adjudicante possa convidar qualquer proponente cuja proposta padeça de irregularidades substanciais a regularizar a mesma,

⁴¹ Cf. ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, «A duty to ‘save’...», cit., p. 60.

⁴² Sobre as entidades adjudicantes deverem observar estritamente os critérios por si fixados, v. Acórdão *Pippo Pizzo*, n.ºs 39 e 49, Acórdão *Manova*, n.º 40, Acórdão do TJUE, de 10/11/2016, *Ciclat*, C-199/15, n.ºs 29 e 30.

⁴³ Cf. ZSOFIA PETERSEN e DARIA TOLKACHOVA, «The dividing line between admissible clarification and inadmissible modifications of the terms of a tender: Antwerpse Bouwwerken NV v Commission», in *Public Procurement Law Review*, n.º 5, 2010, p. 2

⁴⁴ Cf. Acórdão do TJUE, de 02/06/2016, *Pippo Pizzo*, C-27/15, n.ºs 50 e 51.

⁴⁵ Cf. Acórdão do TJUE, de 28/02/2018, *MA.T.I. SUD*, C-523/16 e C-536/16, n.º 65.

sem prejuízo do pagamento de uma sanção pecuniária aferida de acordo com o princípio da proporcionalidade. Contudo, esse mecanismo de retificação não deve permitir sanar a falta de um documento que, segundo as disposições expressas dos documentos do contrato, deve conduzir à sua exclusão, ou que elimine as irregularidades que afetam a sua proposta de uma forma que as correções ou alterações operadas correspondam à apresentação de uma nova proposta.

Já no Acórdão *Antwerpse Bouwwerken NV vs. Comissão*, discutiu-se se a inexistência de menção ao preço de umas rubricas do orçamento deveria determinar a exclusão da proposta. Na medida em que o preço em falta poderia ser inferido, com “facilidade” e de “forma segura”, do preço proposto para outra rubrica do orçamento, o Tribunal concluiu que a decisão de admissão da proposta respeitou o princípio da igualdade de tratamento dos candidatos⁴⁶.

O TJUE estabeleceu ainda como condicionante à sanção de irregularidades a de que a lei ou os documentos do procedimento não imponham expressamente o cumprimento dessa formalidade, sob pena de exclusão. Por outras palavras, a entidade adjudicante deve observar estritamente os critérios por si fixados, estando obrigada a excluir do concurso um operador económico que não tenha comunicado um documento ou uma informação cuja apresentação fosse imposta pelos documentos do concurso, sob pena de exclusão. Esta ideia é reiterada no Acórdão *Cartiera dell’Adda*⁴⁷, caso que teve origem na exclusão de um proponente por não ter apensado à sua proposta documento comprovativo de como um dos responsáveis pela execução do contrato não estava impedido de participar em procedimentos adjudicatórios, consubstanciando a questão controvertida em saber se o processo regulatório abrange situações de omissão de documentos. O TJUE veio reiterar que o pedido de esclarecimentos tem por objeto documentos entregues pelos proponentes, não podendo ser interpretado no sentido de permitir retificações às omissões, ainda para mais quando essa omissão não consubstancia uma irregularidade meramente formal, impondo os princípios da igualdade de tratamento e da transparência a exclusão do proponente.

⁴⁶ Cf. Acórdão do TG, de 10/12/2009, *Antwerpse Bouwwerken NV vs. Comissão*, T-195/08, n.ºs 60, 74 e 80.

⁴⁷ Cf. Acórdão do TJUE, de 06/11/2014, *Cartiera dell’Ada*, C-42/13, n.ºs 45-48.

A aplicação do disposto no artigo 56.º, n.º 3 da Diretiva n.º 2014/24/UE deve ser feita de forma casuística. E embora partilhemos da opinião de que esta disposição veio conferir um acréscimo de flexibilidade à contratação pública, também defendemos que esta deve ser conseguida através da redução de determinados requisitos e documentos tidos como obrigatórios, e não tanto através da criação de regras ou de situações excecionais que podem acabar a favorecer operadores económicos menos diligentes quando colocados em igualdade de circunstâncias face aos demais concorrentes.

Embora se denote a evolução do direito europeu no sentido de uma maior abertura à regularização de propostas irregulares, no sentido em que as entidades adjudicantes podem contactar os concorrentes para que procedam à correção das propostas submetidas, a Diretiva não impõe esse processo regulatório, admitindo, inclusivamente, que a legislação nacional afaste a possibilidade de regularização. Sobre este ponto é relevante o que ficou decidido no Acórdão *Lavorgna*⁴⁸, no qual se afirmou que a Diretiva n.º 2014/24 autoriza os Estados-Membros a limitar os casos em que as autoridades adjudicantes podem solicitar aos operadores económicos que apresentem, acrescentem, clarifiquem ou completem a informação ou a documentação pretensamente incompleta, incorreta ou em falta num prazo adequado. Portanto, a legislação nacional não tem de acolher expressamente a possibilidade de regularizar propostas irregulares; apresenta-se como suficiente que o direito interno não exclua a possibilidade de regularização, permitindo que as entidades adjudicantes possam proceder nos termos previstos na Diretiva. Por outras palavras, qualquer legislação nacional que não exclua o processo de regularização confere às entidades adjudicantes a possibilidade de encetá-lo, nos termos do artigo 56.º, n.º 3 da Diretiva.

4. Uma análise do instituto no Direito Comparado

Como já tivemos oportunidade de referir, a regulamentação dos contratos públicos não se confina ao espaço dos territórios nacionais, assistindo-se a uma convergência na definição de princípios fundamentais de contratação pública, como sejam os princípios da transparência e da concorrência, e na forma como estes promovem o desenvolvimento económico, a boa governação e o combate à corrupção.

⁴⁸ Cf. Acórdão do TJUE, de 02/05/2019, *Lavorgna*, C-309/18, n.º 23.

Nesta esteira, e a fim de enriquecer o presente trabalho com a análise, ainda que sucinta, de outros ordenamentos jurídicos, propomo-nos abordar os sistemas francês e italiano no que diz respeito à possibilidade de serem solicitados esclarecimentos e regularizadas as propostas dos operadores económicos, e em que termos tal pode ser feito.

4.1 O Direito francês

No ordenamento jurídico francês, a proposta é entendida como uma declaração negocial, um ato de compromisso, que deve ser assinada pelo proponente ou seu representante legal, e através da qual manifesta a sua vontade de contratar e aceita as cláusulas do contrato a celebrar impostas pelo contraente público. No que concerne à análise das propostas, o regime que vigorava até 2006 previa somente a exclusão de propostas nos casos em que as mesmas não eram compatíveis com o objeto do contrato⁴⁹. A obrigação de excluir as propostas irregulares decorre da aplicação do princípio da igualdade de tratamento, que impõe que todas as propostas que não cumpram com as exigências das peças do procedimento sejam excluídas. Contudo, levado ao extremo, o princípio da igualdade pode originar a restrição da concorrência, pelo que se impunha um equilíbrio entre os princípios conflitantes, o que veio a acontecer com a reforma de 2016, com a aprovação do Decreto n.º 2016-360, de 25 de março de 2016, relativo aos mercados públicos⁵⁰.

Nos termos do artigo 59.º daquele decreto, consubstancia uma proposta irregular aquela que não cumpre os requisitos estabelecidos nas peças do procedimento, nomeadamente por estar incompleta, ou que desrespeite a legislação aplicável, designadamente em matéria social e ambiental. Através desta disposição, o legislador francês faz pender a irregularidade das propostas sobre dois aspetos: por um lado uma proposta pode ser irregular por violação de condicionalismos de forma ou de substância, e, por outro lado, essa irregularidade pode advir da violação de convenções coletivas ou diplomas legais. Acresce que, com a reforma legislativa, procedeu-se a uma reformulação dos parâmetros referentes a propostas irregulares e a propostas inaceitáveis. As primeiras

⁴⁹ Cf. GABRIEL ECKERT, *Code de la Commande Publique Commenté*, 2.º édition, Paris, Lexis Nexis, 2021, p. 341.

⁵⁰ Cf. LAURENT RICHER, «L'offre irrégulière et la jurisprudence depuis la réforme de la commande publique», *Contrats Publics*, n.º 180, 2017, p. 53.

dizem respeito àquelas que são contrárias ao bloco de legalidade, as segundas assentam em critérios financeiros, como sejam excederem o preço do procedimento⁵¹.

Nessa sequência, o código francês passou a prever expressamente a exclusão das propostas irregulares, inaceitáveis e inapropriadas, conforme consta do artigo L. 2152-1. O regime jurídico francês tem a particularidade de fazer pender esse subprocedimento regulatório do procedimento pré-contratual que foi encetado pelo contraente público, verificando-se que os procedimentos com público apelo à concorrência e os procedimentos sem negociação têm um regime distinto dos demais procedimentos previstos no código dos contratos públicos francês. Importa ainda salientar que o Direito francês distingue entre propostas irregulares, propostas inaceitáveis e propostas inapropriadas, conceitos que importa esmiuçar antes de avançarmos.

As propostas inapropriadas são aquelas que não respondem e não são suscetíveis de responder ao objeto do contrato a celebrar ou aos requisitos formulados pelo contraente público, sem que o operador económico tenha de alterar substancialmente o seu conteúdo, conforme prevê o artigo L. 2152-4. São tidas como irregulares as propostas que não cumprem as exigências das peças do procedimento, ou que desrespeitam a legislação aplicável, nomeadamente em matéria social e ambiental. Já as propostas inaceitáveis correspondem àquelas que excedem o preço base do procedimento⁵².

Ora, o artigo R. 2152-1 do *Code de la Commande Publique* impõe a exclusão automática das propostas ditas inapropriadas⁵³ independentemente do tipo de procedimento pré-contratual. As propostas nestas circunstâncias não são suscetíveis de ser regularizadas.

Por sua vez, sempre que se trate de um procedimento que não preveja uma fase de negociação das propostas ou nos procedimentos com apelo à concorrência, isto é, concursos públicos, as propostas irregulares e/ou inaceitáveis devem ser igualmente excluídas. Contudo, esta obrigação já não se aplica aos demais procedimentos de contratação pública previstos no ordenamento jurídico francês, como sejam o procedimento de negociação ou o diálogo concorrencial. Nestes casos, não só a

⁵¹ Cf. HERVÉ LETELLIER e EDITH TIAR, «Offres irrégulières et offres anormalement basses: modifications réglementaires et premières solutions jurisprudentielles», *Contrats Publics*, n.º 180, 2017, p. 58.

⁵² Cf. artigo 59.º, ponto I do Decreto n.º 2016-360, de 25 de março de 2016, relativo aos mercados públicos.

⁵³ Cf. STÉPHANE BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique. Marchés publics – Concessions*, 6.º édition, Limoges, Le Moniteur, 2019, p. 326.

regularização das propostas é aceitável, como o único limite a essa regularização é que as propostas não tenham um preço anormalmente baixo⁵⁴. Somente no caso das propostas se manterem irregulares após a negociação ou o diálogo é que devem ser eliminadas, conforme prevê o artigo R. 2152-1 do código dos contratos públicos francês.

Até 2006, os contraentes públicos não tinham a obrigação de convidar os proponentes a retificarem as suas propostas⁵⁵, prevendo-se a exclusão daquelas que não fossem conformes com o objeto do contrato. Atualmente, o legislador francês prevê a possibilidade de os contraentes públicos poderem autorizar os proponentes interessados a regularizarem as suas propostas, dentro de um prazo adequado, desde que a desconformidade detetada não consubstancie um preço anormalmente baixo. Contudo, a regularização não pode ter por efeito a alteração substancial da proposta, conforme prevê o artigo R. 2152-2 do *Code de la Commande Publique*, ou a entrega de documentos ou de declarações exigidas pelo caderno de encargos e não submetidos pelos proponentes até ao termo do prazo para a entrega das propostas⁵⁶.

A redação dos artigos R. 2152-1 e R. 2152-2 não é mais feliz, pois o primeiro parece afastar liminarmente qualquer possibilidade de suprimento de propostas irregulares, enquanto o segundo parece abrir essa mesma hipótese independentemente do procedimento pré contratual em causa⁵⁷. A interpretação mais razoável, e que permite dissipar a contradição de ambas as disposições, parece ser aquela que passa pela leitura combinada dos dois artigos, designadamente pela prevalência do artigo R. 2152-2 sobre o artigo R. 2152-1⁵⁸. Assim, a menos que a irregularidade resulte de um preço anormalmente baixo, uma proposta irregular pode ser objeto de regularização, independentemente do tipo de procedimento pré contratual. As propostas inapropriadas não são suscetíveis de serem regularizadas, devendo ser automaticamente excluídas. E, no âmbito dos procedimentos de negociação e de diálogo concorrencial, as propostas inaceitáveis podem ser regularizadas.

⁵⁴ Cf. STÉPHANE BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, cit., p. 326.

⁵⁵ Cf. *Idem*, p. 327.

⁵⁶ A este propósito vale a pena recordar o Acórdão do TJUE, de 11/05/2017, *Archus e Gama*, C-131/16, n.º 33.

⁵⁷ O problema interpretativo adensa-se quando nos debruçamos sobre o ponto II do artigo 59.º do Decreto n.º 2016-360, que impõe genericamente a exclusão das propostas irregulares nos procedimentos com público apelo à concorrência e nos procedimentos que não contemplem uma fase de negociação, para, no momento imediatamente a seguir, abrir a possibilidade de os contraentes públicos promoverem a regularização dessas mesmas propostas.

⁵⁸ Cf. GABRIEL ECKERT, *Code de la Commande Publique Commenté*, cit., p. 1075.

Não podemos deixar de salientar que no ordenamento jurídico francês a regularização das propostas é tida como uma faculdade e não de uma obrigação⁵⁹, ainda que ao exercê-la o júri deva atender ao princípio da igualdade, de modo a afastar qualquer suspeita de favorecimento indevido dos proponentes. Neste sentido, o pedido de esclarecimentos ou a regularização das propostas deverá ter lugar somente depois de conhecidas as propostas, e esse pedido deve ser formulado sobre todos os pontos que carecem de clarificação ou de regularização e endereçado a todos os operadores económicos cujas propostas se encontrem nessas situações⁶⁰. Por outro lado, a entidade adjudicante não pode promover oficiosamente quaisquer retificações às propostas, mesmo quando se trate de erros manifestos de cálculo⁶¹.

Em jeito de conclusão, não podemos deixar de salientar que qualquer esclarecimento ou regularização das propostas não pode comportar uma alteração substancial das mesmas⁶², em razão dos princípios da igualdade e da intangibilidade das propostas, e que essas retificações fazem parte da proposta para efeitos de avaliação. De resto, esta parece ser a solução que melhor harmoniza os artigos R. 2152-1 e R. 2152-2 do *Code de la Commande Publique*, e que melhor acompanha o atual paradigma do Direito dos Contratos Públicos europeu.

4.2 O Direito italiano

No ordenamento jurídico italiano, o instrumento de regularização de candidaturas e propostas apresenta-se pelo termo *soccorso istruttorio*, e remonta à década de 60 do século passado, quando a jurisprudência passou a mencionar o princípio segundo o qual a administração é obrigada a convidar o requerente a completar o seu pedido antes de indeferi-lo, mas só teve previsão expressa no domínio específico da adjudicação de contratos públicos, como instrumento promotor da máxima participação, simplificação, igualdade de tratamento e proteção da concorrência, em 2006, através do decreto legislativo n.º 163/2006, no seu artigo 46.⁶³, que previa a possibilidade das entidades adjudicantes convidarem os concorrentes a prestarem esclarecimentos sobre o conteúdo

⁵⁹ Cf. GABRIEL ECKERT, *Code de la Commande Publique Commenté*, cit., p. 1076.

⁶⁰ Cf. Acórdão do TJUE, de 29/03/2012, *Slovensko*, C-599/10, n.ºs 43 e 44.

⁶¹ Cf. GABRIEL ECKERT, *Code de la Commande Publique Commenté*, cit., p. 1076.

⁶² Cf. artigo 59.º, ponto IV do Decreto n.º 2016-360, de 25 de março de 2016, relativo aos mercados públicos

⁶³ Cf. MARIA ALESSANDRA SANDULLI e ROSANNA DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo II, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 1468-1472.

das suas propostas. Contudo, o procedimento de regularização das propostas tinha um carácter oneroso, ou seja, a sanação de irregularidades nas propostas era possível através de um mecanismo de retificação onerosa, que envolvia o pagamento pelo proponente de uma sanção pecuniária que poderia ascender a 50.000€⁶⁴.

As Diretivas de 2014 impulsionaram uma reforma legislativa em 2016, da qual resultou que o *procedura di soccorso istruttorio* passasse a estar previsto no artigo 83.º, n.º 9 do *Codice dei Contratti Pubblici*⁶⁵. Na sua redação original, a disposição normativa manteve a onerosidade do procedimento regulatório, tendo diminuído o valor de 50.000€ para 5.000€, e condicionado o pagamento aos casos em que efetivamente se procedia à regularização das propostas. Através do decreto legislativo n.º 56/2017, de 19 de abril, que introduziu alterações ao *Codice*, a sanção pecuniária associada ao procedimento de regularização das propostas foi revogada, embora não sem algumas reservas, uma vez que nos trabalhos preparatórios foi manifestada a necessidade de se manter uma certa responsabilização do operador económico que apresenta uma proposta irregular⁶⁶.

Recordando o Acórdão *MA.T.I. SUD*, o TJUE decidiu que o direito da União Europeia não se opõe a uma legislação nacional que estabelece um mecanismo de retificação do processo, nos termos do qual a entidade adjudicante pode convidar qualquer concorrente cuja proposta padeça de irregularidades substanciais a regularizá-la, sem prejuízo de uma sanção pecuniária, desde que o montante dessa sanção se mantenha compatível com o princípio da proporcionalidade. Tal é considerado como um meio adequado para prosseguir os objetivos pretendidos, designadamente os de responsabilizar os proponentes pelas propostas apresentadas, e compensar os encargos financeiros que a regularização pode comportar para a entidade adjudicante⁶⁷. Contudo, opõe-se a uma legislação nacional que estabelece um mecanismo de retificação do processo, através do qual a entidade adjudicante pode exigir a um proponente, mediante o pagamento por

⁶⁴ Previa o artigo 38.º do decreto legislativo n.º 163/2006, de 12 de abril, que a falta, o carácter incompleto e qualquer outra irregularidade essencial dos elementos e das declarações, obrigam o proponente que as tenha provocado a pagar à entidade adjudicante da sanção pecuniária especificada no anúncio do concurso, cujo montante não pode ser inferior a um por mil nem superior a um por cento do valor da proposta e, em qualquer caso, não superior a 50 000 euros, cujo pagamento é garantido pela caução provisória. Em tais casos, a entidade adjudicante concede ao proponente um prazo, não superior a dez dias, para apresentar, complementar ou regularizar as declarações requeridas, e indica o seu conteúdo e as pessoas obrigadas a fazê-lo (tradução nossa).

⁶⁵ Aprovado pelo decreto legislativo n.º 50/2016, de 18 de abril.

⁶⁶ Cf. MARIA ALESSANDRA SANDULLI e ROSANNA DE NICTOLIS, *Trattato...*, cit., p. 1478.

⁶⁷ Sobre o Acórdão *MA.T.I. SUD*, v. LUÍS VERDE DE SOUSA, “Acórdão TJUE, 28/02/2018, P. Apensos C-523/16 e C-536/16 2018”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 18, 2018, pp. 149-151.

aquele de uma sanção pecuniária, que sane a falta de um documento que, segundo as disposições expressas nos documentos do contrato, deve conduzir à sua exclusão, ou que elimine as irregularidades que afetam a sua proposta de uma forma que as correções ou alterações feitas correspondam à apresentação de uma nova proposta.

Pela nossa parte, tendemos a partilhar do entendimento do órgão jurisdicional de reenvio deste caso, que partilhava ter dúvidas quanto à compatibilidade do regime estatuído no ordenamento jurídico italiano com os princípios da proporcionalidade, da exaustividade das causas de exclusão, da transparência dos procedimentos, da mais ampla participação possível no concurso e da maior concorrência possível. Aquele órgão ia mais longe, afirmando que aquele regime promovia a “caça ao erro” por parte das entidades adjudicantes, produzindo efeitos dissuasores da participação dos operadores económicos que os expunha ao risco de lhes serem aplicadas sanções pecuniárias avultadas, independentemente da sua intenção de recorrerem à regularização das respetivas propostas⁶⁸. Ainda que o TJUE tenha entendido que a aplicação de uma sanção pecuniária constitui um meio adequado para a realização dos objetivos legítimos prosseguidos pelo Estado-Membro, ligados à necessidade, por um lado, de responsabilizar os proponentes pela apresentação das suas propostas e, por outro, de compensar o encargo financeiro que qualquer regularização pode representar para a entidade adjudicante.

Chegados a este ponto, podemos concluir que o procedimento de regularização das propostas no ordenamento jurídico italiano foi evoluindo no sentido da sua simplificação, de modo a conciliar a necessária celeridade do regime de regularização das propostas com o combate à exclusão de propostas assente em motivos estritamente formais⁶⁹. E, embora a redação do artigo 83.º, n.º 9 do *Codice* apresente o instrumento como uma faculdade, estamos perante um dever que é imposto às entidades adjudicantes⁷⁰, que, para o efeito, concedem ao concorrente um prazo, não superior a dez dias, destinado à regularização da respetiva proposta, no termo do qual o concorrente é excluído caso não proceda à apresentação dos documentos necessários ao suprimento das irregularidades. Por sua vez, podem ser objeto de suprimento a omissão, incompletude ou qualquer outra irregularidade formal dos elementos da proposta, como seja a declaração de aceitação das

⁶⁸ Cf. Acórdão do TJUE, de 28/02/2018, *M.A.T.I. SUD*, C-523/16 e C-536/16, n.ºs 20 e 21.

⁶⁹ Cf. LUCA R. PERFETTI, *Codice dei Contratti Pubblici Commentato*, II Edizione, Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 756.

⁷⁰ Cf. MARIA ALESSANDRA SANDULLI e ROSANNA DE NICTOLIS, *Trattato...*, cit., p. 1474.

cláusulas que regem o procedimento⁷¹, ou do documento único europeu, com exceção das irregularidades relativas à proposta financeira e à proposta técnica.

Apesar do âmbito aparentemente amplo da disposição, importa ter presente alguns limites que circunscrevem a aplicação do regime de regularização das propostas no ordenamento jurídico italiano. Nestes termos, as entidades adjudicantes não podem lançar mão do *soccorso istruttorio* para obterem informação ou documentos que já deveriam constar da proposta, estando vedada pelo princípio da imutabilidade das propostas a possibilidade de se colmatar lacunas ou completá-la fora do prazo⁷². Importa esclarecer, também, que constituem irregularidades essenciais, portanto insuscetíveis de suprimento, os documentos cuja omissão não permita a identificação do conteúdo da proposta ou do proponente⁷³.

Considerando a literalidade da disposição do *Codice*, designadamente do que diz respeito à possibilidade de se sanar irregularidades formais das propostas, que claramente acomodou a teoria substancialista em detrimento da formalista, a aplicação do instituto será feita casuisticamente, de modo a aferir se da omissão de documentos ou informação resulta uma absoluta incerteza quanto ao conteúdo ou autor da proposta⁷⁴. Por outro lado, e em jeito de conclusão, no que diz respeito à assinatura da proposta, a questão é discutida do ponto de vista estritamente formalista ou, diametralmente oposto, do ponto de vista substancialista. Enquanto o primeiro defende a exclusão automática da proposta que não esteja assinada, o segundo defende que a ausência de assinatura é sanável nos casos em que ainda seja possível imputar a proposta ao seu autor, vinculando-o ao seu conteúdo e vontade manifestada⁷⁵.

⁷¹ Cf. MARIA ALESSANDRA SANDULLI e ROSANNA DE NICTOLIS, *Trattato...*, cit., pp. 1509-1510.

⁷² Cf. Idem, pp. 1488-1489.

⁷³ Cf. LUCA R. PERFETTI, *Codice dei Contratti...*, cit., p. 757.

⁷⁴ Cf. MARIA ALESSANDRA SANDULLI e ROSANNA DE NICTOLIS, *Trattato...*, cit., pp. 1489-1490. As Autoras dão como exemplo de uma proposta que padece de um vício formal mas que não será excluída por esse motivo aquela que vem instruída com todos os documentos exigidos, à exceção de um formulário, uma vez que fica claro da restante documentação que a instrui que o autor da mesma manifestou vontade de concorrer, e que a proposta apresentada não oferece dúvidas quanto aos seus aspetos técnicos. Por outro lado, caso a proposta não venha acompanhada de cópia do documento de identificação do seu autor, a proposta deverá ser excluída, sem que seja possível o seu saneamento.

⁷⁵ Cf. Idem, pp. 1496-1498.

III. DISSECANDO O REGIME PORTUGUÊS

Feito o devido enquadramento do regime de esclarecimentos e regularização das propostas no panorama europeu, a partir do qual nos debruçámos sobre os sistemas francês e italiano, importa agora direcionar a nossa atenção para o sistema nacional e respetiva evolução (e eventuais retrocessos) que o regime tem sofrido ao longo dos anos, motivada não só pelas Diretivas europeias em matéria de contratos públicos, mas também pela própria doutrina e jurisprudência nacionais, que desde cedo manifestaram abertura para um regime mais flexível.

Contudo, antes de avançarmos para o estudo do regime de esclarecimentos e suprimimento de irregularidades propriamente dito, importa fazermos uma resenha sobre alguns conceitos introdutórios como sejam a noção de candidatura e proposta, bem como aquilo que se entende por atributos e termos ou condições das propostas. Só depois de feita esta devida introdução mais conceptual estaremos, então, em plenas condições de enveredarmos pelo instituto previsto no artigo 72.º do CCP.

5. As noções de candidatura e proposta

É possível distinguir a panóplia de procedimentos pré-contratuais previstos no CCP de duas formas: procedimentos unifásicos ou bifásicos⁷⁶, consoante contemplem uma única fase (proposta e adjudicação) ou mais, enquadrando-se nestes últimos o concurso limitado por prévia qualificação e procedimentos que seguem o mesmo modelo, isto é, que compreendem pelo menos duas fases, uma das quais se prende com a apresentação de candidaturas e qualificação dos candidatos⁷⁷.

A candidatura é uma declaração que se materializa ou concretiza através da apresentação de um conjunto de documentos, através da qual o interessado (candidato⁷⁸)

⁷⁶ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direitos dos Contratos Públicos*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 766.

⁷⁷ Cf. artigo 163.º, alínea a) para o concurso limitado; artigo 194.º, alínea a) para o procedimento de negociação; artigo 205.º, alínea a) para o diálogo concorrencial; e artigo 218.º-A, n.º 1, alínea a) para a parceria para a inovação, todos do CCP.

⁷⁸ Nos termos do artigo 52.º do CCP, é candidato a entidade, pessoa singular ou coletiva, que participa na fase de qualificação de um concurso limitado por prévia qualificação, de um procedimento de negociação, de um diálogo concorrencial ou de uma parceria para a inovação, mediante a apresentação de uma candidatura.

manifesta à entidade adjudicante a vontade de ser qualificado para a segunda fase do procedimento, isto é, ser convidado a apresentar uma proposta.

A candidatura visa dar a conhecer à entidade adjudicante que determinado operador económico preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira exigidos, e deve cumprir um conjunto de requisitos formais e materiais de modo a ser válida ou regular, conforme se analisará adiante.

Por sua vez, a proposta é a declaração pela qual o concorrente⁷⁹ manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo⁸⁰, operando como uma declaração negocial⁸¹, pelo que deve ser interpretada no sentido de apurar o seu sentido e alcance. Essa declaração não é manifestada através de um documento isolado, mas antes mediante um conjunto de documentos e de declarações elaborados sob a responsabilidade do concorrente através dos quais dá a conhecer à entidade adjudicante o modo como se propõe executar o contrato, revelando os atributos e os termos ou condições. Assim, não poderá ser considerada como proposta, ainda que a mesma cumpra as obrigações de assinatura e de submissão através de plataforma eletrónica, se da mesma constarem condições aleatórias ou indetermináveis, ou cujo objeto é física ou juridicamente impossível. Da mesma maneira que não poderá ser aceite como proposta qualquer documento que manifeste a intenção de não apresentação de uma verdadeira declaração negocial⁸².

Na ausência de norma especial, devem aplicar-se os artigos 236.º e seguintes do Código Civil, designadamente o disposto no n.º 1 do artigo 238.º, que prevê que a declaração não pode valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respetivo documento, ainda que imperfeitamente expresso. Desta forma, a interpretação da proposta, enquanto declaração negocial, tem de se feita considerando

⁷⁹ Nos termos do artigo 53.º do CCP, é concorrente a entidade, pessoa singular ou coletiva, que participa em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta.

⁸⁰ Cf. n.º 1 do artigo 56.º do CCP.

⁸¹ Cf. PAULO OTERO, «Intangibilidade das propostas em concurso público e erro de facto na formação da vontade: a omissão de elementos não variáveis na formulação de uma proposta», in *O Direito*, Ano 131.º, 1999, pp. 91-94. E o acórdão do STA, de 07/05/2015, proc. n.º 01355/14 (José Veloso), onde se entendeu que «a “proposta” apresentada no âmbito de procedimento de contratação pública configura uma declaração negocial (...) sendo-lhe aplicáveis, na falta de norma especial nesta matéria, as regras gerais do Código Civil, ou seja, o disposto no artigo 249.º e os critérios interpretativos dos negócios formais que são ditos no artigo 238.º desse código».

⁸² Cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Volume II, Lisboa, AAFDL, 2021, p. 68.

todos os documentos que a constituem. Não basta que o concorrente subscreva a declaração de aceitação do caderno de encargos⁸³ para que a proposta que contenha termos ou condições violadores do mesmo seja aceite.

A proposta é, ainda, um ato jurídico unilateral através do qual o concorrente se vincula e que, findo o prazo de apresentação, o obriga a celebrar o contrato nos termos por ele propostos caso a sua proposta venha a ser adjudicada. Um outro efeito jurídico consiste na insusceptibilidade da proposta ser alterada após o termo do prazo para a sua apresentação, corolário do princípio da intangibilidade das propostas⁸⁴. Tal significa que o concorrente deixa de ter acesso ao conteúdo da sua proposta, vinculando-se a mantê-la inalterada⁸⁵.

Considera-se útil, antes de mais, distinguir dois componentes da proposta: 1) a proposta técnica e económica, que remete essencialmente para o seu conteúdo, isto é, para aspetos que tenham sido submetidos à concorrência ou cronogramas financeiros quando esteja em causa um projeto de execução (cf. alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP); e 2) a apresentação de declarações ou documentos não diretamente relacionados com o conteúdo técnico e económico da proposta, como seja a declaração conforme Anexo I do CCP ou o DEUCP (cf. artigo 57.º, n.º 1, alínea a) e n.º 6 do CCP).

No que diz respeito ao aspeto formal, a proposta é apresentada em função das regras contidas no convite ou no programa do procedimento; quanto ao aspeto material, isto é, ao seu conteúdo, a proposta deve corresponder ao caderno de encargos. É ainda apontado um aspeto orgânico, que diz respeito à autoria da proposta, que deve ser apresentada por quem esteja legalmente habilitado para o fazer⁸⁶.

⁸³ Cf. exigida pela alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP.

⁸⁴ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios gerais da contratação pública», in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 76-84. Segundo o autor, o princípio da intangibilidade tem dois efeitos: o da indisponibilidade, isto é, após o termo do prazo para a apresentação de propostas o concorrente não pode retirar a sua proposta, havendo uma obrigação de manutenção (cf. artigo 65.º do CCP); e o congelamento da proposta, na medida em que a mesma é inalterável, tornando-se intangível.

⁸⁵ Cf. Acórdão do TCAS, de 16/04/2020, proc. n.º 1528/16.6BELSB (Pedro Marchão Marques), onde se entendeu que «salvo em situações muito pontuais – evidentes lapsos, erros manifestos (de escrita ou de cálculo) ou correções de pormenor – é de excluir a possibilidade, após o termo do prazo para a sua apresentação, de substituição de elementos da proposta ou de lhe introduzir quaisquer alterações ou modificações tendo em vista “afeiçoar” a proposta ao programa do procedimento e ao caderno de encargos. Admitir o contrário, seria introduzir um fator de instabilidade, aleatoriedade e incerteza no “corpus” e no “devir” do procedimento adjudicatório».

⁸⁶ Sobre os três requisitos ou condições de regularidade da proposta, v. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 789-791.

Importa, ainda que de forma sumária, esclarecer os documentos que constituem a proposta, já que o próprio artigo 57.º, n.º 1 prevê que as propostas são constituídas por documentos. Ora, antes de mais, a proposta deve vir acompanhada da declaração elaborada em conformidade com o modelo constante do Anexo I ao CCP ou o DEUCP, consoante estejamos perante procedimentos com publicação de anúncio no JOUE, ou não⁸⁷.

A proposta é ainda constituída pelos documentos que contenham os seus atributos, por referência ao objeto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, e de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar⁸⁸. Fazem também parte da proposta os documentos exigidos pelo programa do procedimento ou convite que contenham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, e em relação aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule⁸⁹.

Sem prejuízo de nas próximas páginas procurarmos aprofundar no que é que tais documentos se materializam, salientemos para já que o programa do procedimento ou convite podem exigir a apresentação de declarações de compromisso de entidades terceiras a quem o concorrente vai recorrer para executar o contrato⁹⁰. E importa determinar se também são de apresentação obrigatória os documentos indicados no caderno de encargos. O artigo 70.º, n.º 2, alínea a) parece-nos bastante claro, na medida em que faz remeter para o aspeto literal da alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º, pelo que só são passíveis de exclusão as propostas que não venham acompanhadas dos documentos exigidos pelo programa do procedimento ou convite⁹¹.

⁸⁷ Cf. artigo 57.º, n.º 1, alínea a) e n.º 6 do CCP.

⁸⁸ Cf. artigo 57.º, n.º 1, alínea b) do CCP. A falta dos documentos que contêm os atributos da proposta determina a respetiva exclusão, nos termos dos artigos 70.º, n.º 2, alínea a) e 146.º, n.º 2, alínea d).

⁸⁹ Cf. artigo 57.º, n.º 1, alínea c) do CCP.

⁹⁰ No acórdão do STA, de 21/05/2015, proc. n.º 0236/15 (José Veloso), decidiu-se que as declarações de compromisso de subcontratados, expressamente exigidas no programa de concurso, constituem documentos exigíveis nos termos do artigo 57.º, n.º 1, alínea c), porque contêm com termos ou condições da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.

⁹¹ Sobre esta matéria, no acórdão do STA, de 22/04/2021, proc. n.º 076/20.4BEMDL (Ana Paula Portela), decidiu-se que «o artigo 57.º, n.º 1, alínea c) do CCP a que se reposta a al. a) do artigo 70.º do CCP (...) deve ser interpretado no sentido de que os documentos aí referidos têm de ser juntos pelos concorrentes quando sejam expressamente exigidos em peça procedimental nomeadamente o caderno de encargos». O acórdão do TCAN, de 03/04/2020, proc. n.º 01777/19.5BEPRT (Frederico Macedo Branco) pronunciou-se em sentido igual, dispondo que «a obrigatoriedade da apresentação de documentos face a aspetos não submetidos à concorrência, relativos a termos ou condições da execução do contrato pode advir tanto do programa do concurso, quer do caderno de encargos». Em sentido contrário, o acórdão do TCAS, de

Importa, antes de mais, procurar esclarecer o que se entende por candidatura e proposta, termos ou condições de uma proposta, e atributos, para então estarmos em condições de avançar para o que é suscetível de ser esclarecido, confrontando tais conceitos com a noção de atributos conforme está vertida no n.º 2 do artigo 72.º do CCP.

5.1 Atributos da proposta

Consubstanciado a proposta a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo, será atributo da proposta qualquer elemento ou característica da mesma que diga respeito a um aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos (cf. n.º 2 do artigo 56.º do CCP), sendo representados ou integrados nos fatores e subfatores que densificam o critério de adjudicação (cf. n.º 1 do artigo 70.º).

No sentido de elucidar o que se entende por aspetos submetidos à concorrência, o n.º 11 do artigo 42.º dispõe que estes correspondem a fatores ou subfatores que densificam o critério de adjudicação, correspondendo os aspetos não submetidos à concorrência a todos os demais. Porém, consideramos que a redação anterior do preceito era mais esclarecedora, definindo como aspetos não submetido à concorrência todos aqueles que, sendo apreciados, não são objeto de avaliação e classificação⁹².

Por outro lado, o n.º 3 do artigo 42.º do CCP prevê que as cláusulas do caderno de encargos relativas aos aspetos da execução do contrato submetidas à concorrência podem fixar os respetivos parâmetros base a que as propostas estão vinculadas, adiantando o n.º 4 daquele artigo que tais parâmetros podem dizer respeito a quaisquer aspetos da execução do contrato, devendo ser definidos através de limites mínimos ou máximos.

Por sua vez o n.º 5 do artigo 42.º do CCP prevê que o caderno de encargos pode também descrever aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência,

10/12/2020, proc. n.º 700/20.9BELSB (Ana Celeste Carvalho), que decidiu que a exigência de um determinado documento que não seja feita em sede de programa de procedimento ou convite, mas apenas no caderno de encargos, determina que não seja aplicável o disposto no artigo 57.º, n.º 1, alínea c) nem o artigo 146.º, n.º 2, alínea n), não constituindo fundamento de exclusão da proposta.

⁹² Referimo-nos à redação dada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que foi alterada pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

nomeadamente mediante a fixação de limites mínimos ou máximos a que as propostas estão vinculadas.

O atributo da proposta «é o elemento ou a característica que a permite valorizar e receber uma pontuação determinada, destinando-se a medir a sua performance em face das demais propostas»⁹³. Assim, por exemplo, o preço, o prazo de entrega ou o consumo de uma máquina, são aspetos de execução de um contrato submetidos à concorrência, através dos quais a entidade adjudicante irá comparar e avaliar as propostas, porquanto são também fatores que densificam o critério de adjudicação.

Assim, os atributos da proposta submetidos à concorrência são elementos de competitividade através dos quais a entidade adjudicante irá avaliar e comparar todas as propostas apresentadas. Por outras palavras, «não são mais do que a resposta, contida na proposta do concorrente, às exigências constantes do caderno de encargos que convocam uma concretização que será valorada para efeitos adjudicatórios. Trata-se, no fundo, da resposta à parte do caderno de encargos que se encontra sujeita à disputa direta entre os diferentes concorrentes»⁹⁴.

Já o n.º 1 do artigo 57.º do CCP prevê expressamente que os atributos da proposta são os aspetos do objeto do contrato a celebrar que são submetidos à concorrência (alínea b)), enquanto os termos ou condições da proposta mais não são do que os documentos exigidos pelo programa do procedimento ou convite relativos à execução do contrato a celebrar não submetidos à concorrência, mas em relação aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule (alínea c))⁹⁵.

Assim, sempre que o caderno de encargos apresente um aspeto submetido à concorrência, as condições definitivas ou finais da execução do contrato quanto a esse aspeto far-se-ão nos termos da proposta, isto é, de acordo com os atributos da proposta que vier a ser adjudicada.

⁹³ Cit. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito...*, cit., p. 73.

⁹⁴ Cit. LUÍS VERDE DE SOUSA, «A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta», in *Estudos de contratação pública – III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 286

⁹⁵ Acerca do conceito “termos ou condições” da proposta, importa salientar que o Acórdão do STA, de 28/01/2016, proc. n.º 01371/15 (Madeira do Santos), a propósito do carácter equívoco da expressão, se pronunciou no sentido de a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, nos termos do artigo 57.º, n.º 1, alínea a), do CCP, abranger todos os aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência e que não devam ser acompanhados por termos ou condições que, por força do programa do procedimento, reclamem uma vinculação mediante documento autónomo (cf. artigo 57.º, n.º 1, alínea c) do CCP).

Importa esclarecer que o CCP não prevê quais os aspetos da execução do contrato suscetíveis de serem submetidos à concorrência⁹⁶. A sua definição materializa uma dimensão da discricionariedade que é concedida às entidades adjudicantes em matéria de conformação das peças do procedimento. É no âmbito dessa discricionariedade que a entidade adjudicante define o critério de adjudicação e quais os fatores e eventuais subfactores que o densificam – e mediante os quais os atributos das propostas são comparados e avaliados –, e que devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar⁹⁷.

No âmbito dos aspetos submetidos à concorrência, o caderno de encargos pode fixar parâmetros base a que as propostas estão vinculadas⁹⁸, constituindo uma referência que delimita os termos dentro dos quais os concorrentes indicam os atributos das suas propostas. A violação de tais parâmetros base comportará a exclusão da proposta, nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alínea b).

Os parâmetros base podem dizer respeito a quaisquer aspetos da execução do contrato, tais como o preço a pagar ou a receber pela entidade adjudicante, a sua revisão, o prazo de execução das prestações objeto do contrato ou as suas características técnicas ou funcionais, devendo ser definidos através de limites mínimos ou máximos (ou mínimos e máximos), consoante os casos, sem prejuízo dos limites resultantes das vinculações legais ou regulamentares aplicáveis⁹⁹.

5.2 Termos ou condições da proposta

Contudo, importa informar que não só de atributos são feitas as propostas, podendo o concorrente «incluir na sua proposta elementos respeitantes a aspetos da execução do contrato que simplesmente não se encontram previstos no caderno de encargos»¹⁰⁰. De

⁹⁶ O legislador somente definiu que, no que diz respeito às parcerias público-privadas, os respetivos cadernos de encargos devem submeter à concorrência os aspetos da sua execução relativos aos encargos para a entidade adjudicante e aos riscos a ela direta ou indiretamente afetos decorrentes da configuração do modelo contratual (cf. artigo 45.º do CCP).

⁹⁷ Quando os aspetos da execução do contrato, nomeadamente prestações inerentes a serviços de natureza intelectual, não permitam a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam definidos os atributos qualitativos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação, e quando a definição quantitativa dos atributos das propostas se mostre desadequada, a entidade adjudicante está autorizada a adotar o ajuste direto, desde que abaixo dos limiares europeus, nos termos do artigo 27.º, n.º 1, alínea b) e n.º 3 do CCP.

⁹⁸ Cf. artigo 42.º, n.º 3 do CCP.

⁹⁹ Cf. artigo 42.º, n.º 4 do CCP.

¹⁰⁰ Cit. LUÍS VERDE DE SOUSA, «Uma análise das causas exclusão respeitantes a termos ou condições da proposta», *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, 2020, p. 11.

facto, somente à luz de um conceito abrangente de proposta se compreende o disposto no n.º 4 do artigo 96.º do CCP, através do qual o legislador concede à entidade adjudicante a faculdade de excluir expressamente do contrato os termos ou condições constantes da proposta adjudicada que se reportem a aspetos da execução do contrato não regulados pelo caderno de encargos e que não sejam considerados estritamente necessários a essa execução ou sejam considerados desproporcionados.

Assim, para além de conter aspetos submetidos à concorrência que dão origem aos atributos da proposta, o caderno de encargos pode também prever aspetos da execução do contrato que a entidade adjudicante não pretende submeter à concorrência, não sendo, como tal, suscetíveis de avaliação. Quanto a estes, a proposta nem carece de se pronunciar sobre eles. Porém, pode o concorrente querer contribuir para a regulamentação do contrato, seja porque o caderno de encargos é omissivo em relação a um determinado aspeto¹⁰¹, ou, não sendo omissivo, não serão ponderados para efeitos avaliativos pois não foram submetidos à concorrência¹⁰².

Quer isto dizer que, quando os aspetos da execução do contrato são definidos em termos definitivos e fechados, correspondendo na nomenclatura da Diretiva n.º 2014/24/UE a condições de execução dos contratos, eles consubstanciam requisitos objetivos fixos que não têm impacto na avaliação das propostas. Constituem, ainda, aspetos dos quais a entidade adjudicante não está disposta a abdicar, constituindo uma vinculação para todos os concorrentes, sob pena de exclusão¹⁰³.

¹⁰¹ Cf. artigo 96.º, n.º 4 do CCP. Pense-se num procedimento de aquisição de serviços de assessoria jurídica, cujo caderno de encargos não prevê os prazos de elaboração de pareceres jurídicos, mas que um concorrente pretende vincular-se com o prazo mínimo de três dias úteis. Tal corresponderá a um termo ou condição com que o proponente dispõe a contratar, sem que tenha sido submetido à concorrência.

¹⁰² A entidade adjudicante pode prever no caderno de encargos aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência, através dos quais pretende que os concorrentes se vinculem, porventura dentro de determinados limites devidamente fixados (cf. artigos 42.º, n.º 5 e 57.º, n.º 1, alínea c) do CCP). O n.º 6 do artigo 42.º do CCP fornece alguns exemplos de matérias suscetíveis de serem mais bem densificadas e convertidas em termos ou condições vinculativos.

¹⁰³ Cf. acórdão do TCAN, de 20/05/2021, proc. n.º 148/20.5BEFUN (Ana Celeste Carvalho), no qual se decidiu que «incumbe à entidade adjudicante definir com clareza e precisão todos os atributos e condições que entender mais adequados ou necessários à realização dessa finalidade [satisfazer a necessidade colocada pela abertura do procedimento], pois tratando-se por definição dos aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência, são aspetos em relação aos quais a entidade adjudicante não está disposta a abdicar, constituindo uma vinculação para todos os concorrentes, sob pena de exclusão da respetiva proposta, nos termos do disposto no artigo 70.º do CCP», dispondo a entidade adjudicante de grande liberdade de conformação do objeto do procedimento pré-contratual, por ser matéria própria do foro da discricionariedade administrativa.

Por outro lado, pode a entidade adjudicante optar por não definir em termos fixos e definitivos os aspetos do contrato não submetidos à concorrência, podendo descrevê-los mediante a fixação de limites mínimos e máximos (v.g., a aquisição de máquinas com um nível de potência entre 400kw e 900kw). Desta forma, que nos parece mais avisada do ponto de vista da promoção da concorrência, os concorrentes têm uma maior liberdade de conformação das suas propostas, sob a forma de termos ou condições que, recorde-se, não serão considerados para efeitos de avaliação.

Contudo, a liberdade de conformação contratual através da inclusão de termos ou condições nas propostas tem limites, na medida em que através deles não podem ser violadas quaisquer obrigações legais ou regulamentares por via do contrato a celebrar, nem o caderno de encargos pode, ainda que indiretamente, ser violado. Assim, caso a entidade adjudicante opte por definir de forma relativamente aberta os aspetos do contrato não submetidos à concorrência mediante a fixação de limites mínimos e/ou máximos, as propostas dos concorrentes não podem infringir tais cláusulas do caderno de encargos sob pena de exclusão da sua proposta.

Assim, é possível afirmar que existem «dois tipos de termos ou condições da proposta: (i) os relativos a aspetos da execução do contrato regulados pelo caderno de encargos (com ou sem limites) e que não foram submetidos à concorrência; e (ii) os respeitantes a aspetos da execução do contrato não regulados pelo caderno de encargos (e, como tal, também não submetidos à concorrência)»¹⁰⁴, e que resultam de o concorrente poder, por sua iniciativa e no exercício de uma liberdade de conformação da proposta, indicar os termos ou as condições em que se dispõe a contratar¹⁰⁵. Quanto a estes, importa esclarecer que, embora a entidade adjudicante tenha optado por não regular ou sequer fazer qualquer referência a esses aspetos, o contraente público pode excluir expressamente do contrato os termos ou condições constantes da proposta adjudicada que se reportem a aspetos da execução do contrato não regulados pelo caderno de encargos, e que não sejam considerados estritamente necessários a essa execução ou sejam considerados desproporcionados¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cit. LUÍS VERDE DE SOUSA, «Uma análise...», cit., p. 12.

¹⁰⁵ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 589; PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 802

¹⁰⁶ Cf. artigo 96.º, n.º 4 do CCP.

Contudo, os termos ou condições da proposta não podem violar aspetos da execução do contrato a celebrar previstos no caderno de encargos, sob pena de exclusão, conforme prevê o disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP. Embora a primeira parte desta disposição diga respeito à violação de parâmetros base fixados pela entidade adjudicante no caderno de encargos, i.e., limites mínimos e/ou máximos relativamente aos aspetos submetidos à concorrência, a segunda parte refere-se à violação de quaisquer vinculações do caderno de encargos. Quer isto dizer que os concorrentes não podem apresentar nas suas propostas quaisquer alterações às cláusulas imperativas que constem daquela peça do procedimento sob pena de exclusão¹⁰⁷. Só não será assim nas situações expressamente excecionadas, nomeadamente as aludidas nos n.ºs 10 a 12 do artigo 49.º do CCP.

Ao determinar que a violação de aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência deve originar a exclusão da proposta, o legislador afastou outras soluções mais flexíveis, como seriam as de permitir a correção dessa parte da proposta ou de simplesmente desconsiderar (dando como não escritos) os termos ou condições desconformes com o caderno de encargos. Através da redação do artigo 70.º, n.º 2, alínea b), o legislador optou pela consequência mais gravosa para o concorrente. E percebe-se que assim o tenha feito no sentido de acautelar o interesse público subjacente ao pontual cumprimento do contrato. Pois admitindo-se a possibilidade de corrigir termos ou condições da proposta ou mesmo desconsiderá-los, corresponderia a obrigar o adjudicatário a executar um contrato em obediência a disposições que o mesmo declarou não querer, incrementando de forma significativa o risco de incumprimento contratual¹⁰⁸.

Acontece que nem todas as omissões de termos ou condições da execução do contrato a celebrar não submetidos à concorrência ocorrem da mesma forma. É possível estarmos perante um caso em que o concorrente apresenta o documento exigido pelo programa do concurso ou convite, mas seja omissa em relação a determinada informação¹⁰⁹, ou que não reproduza integralmente a informação exigida, ou mesmo verificar-se a omissão de termos ou condições que eram exigidos no caderno de encargos e não no programa do

¹⁰⁷ Cf. GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 272.

¹⁰⁸ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, «Uma análise...», cit., pp. 12-13.

¹⁰⁹ Cf. Acórdão do TCAN, de 05/06/2015, proc. n.º 00475/14.0BEVIS (Rogério Paulo da Costa Martins), no qual se determinou que a impossibilidade de determinar se uma proposta cumpre ou não as condições fixadas no caderno de encargos, depois de pedidos esclarecimentos, não permite a sua exclusão num concurso em que o critério de adjudicação é o do preço mais baixo.

procedimento. Porém, a jurisprudência vinha defendendo que «quando a proposta não contém os elementos exigidos pelas peças concursais, essenciais para a execução do contrato, tal só pode significar a violação das suas cláusulas o que tem de acarretar a exclusão da proposta»¹¹⁰.

Desta forma conclui-se que a exclusão de propostas com fundamento na alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º está «reservada para os casos mais graves, em que os termos ou condições afrontam, contradizem ou se opõem a aspetos do caderno de encargos e não para aquelas situações em que, por não se ter reproduzido um determinado elemento do caderno de encargos, por apenas se ter procedido à sua reprodução parcial ou, ainda, em virtude de um termo ou expressão utilizada, se suscitam dúvidas quanto ao cabal cumprimento do caderno de encargos»¹¹¹. Imagine-se que num procedimento pré contratual um dos concorrentes havia indicado na sua proposta condições de pagamento de preço, designadamente quanto à contagem do prazo de pagamento das faturas, pagamento de juros de mora e revisão de preços, violadoras do disposto nos artigos 299.º, n.º 1, alínea c), 326.º, n.º 2 e 300.º do CCP. Estamos perante termos ou condições da execução do contrato não submetidos à concorrência desconformes com o bloco de legalidade, devendo a proposta ser excluída ao abrigo das alíneas b) e f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP¹¹².

Nas situações de violação de termos ou condições do caderno de encargos, estamos perante um elemento da proposta que contraria ou opõe-se a um aspeto não submetido à concorrência, verificando-se uma situação de desconformidade entre uma peça do procedimento e o modo como o concorrente se propõe a executar o contrato. Nas situações em que se verifica a reprodução parcial desses imperativos ou mesmo a sua omissão, estamos perante uma ausência ou falta de resposta do concorrente que era

¹¹⁰ Cf. Acórdão do STA, de 29/09/2016, proc. n.º 867/16 (Costa Reis), no qual se decidiu que «deve ser rejeitada a proposta que seja omissa no tocante aos termos ou condições respeitantes a aspectos da execução do contrato a celebrar não submetidos à concorrência, termos ou condições esses que as peças concursais exigiam que constassem da proposta».

¹¹¹ Cit. LUÍS VERDE DE SOUSA, «Uma análise...», cit., p. 13.

¹¹² Cf. Acórdão do TCAS, de 16/03/2017, proc. n.º 590/16.6BESNT (Nuno Coutinho), que desconsiderou a argumentação da entidade adjudicante no tocante à admissão da proposta de um concorrente violadora de normas do CCP que não contendiam diretamente com o objeto do contrato, argumentação essa que se apoiava na prevalência das normas do caderno de encargos, na declaração de compromisso assumido através da declaração prevista no artigo 57.º, n.º 1, alínea a) do CCP, no facto desses termos ou condições não estarem diretamente relacionado com a execução do contrato e do incumprimento do caderno de encargos só poder ser aferido em sede de execução contratual. Para uma análise mais pormenorizada a este acórdão, v. PEDRO SANTOS AZEVEDO, «Acórdão TCAS – 16/03/2017, P. 590/16.6BESNT», in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 18, 2018, pp. 187-189.

exigida pelo programa do procedimento ou convite. Para LUÍS VERDE DE SOUSA, o silêncio do concorrente face a exigências previstas no caderno de encargos, em determinadas circunstâncias, pode e deve ser entendido como um não cumprimento, i.e., uma violação de aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência¹¹³.

Nos casos em que a entidade adjudicante exige que o concorrente apresente determinados documentos que considera necessários ou úteis, que podem estar ou não relacionados com o objeto do contrato, e através dos quais pretende que o concorrente se vincule, o programa do concurso ou convite devem prever as consequências resultantes da não apresentação desses documentos, ponderando a exclusão da proposta ao abrigo do disposto no artigo 146.º, n.º 2, alínea n) do CCP. Nos casos em que as peças do procedimento preveem que a proposta que não se faça acompanhar de determinados documentos é excluída, não acompanhamos o entendimento de que essas situações são passíveis de processo de regularização¹¹⁴.

Retomando as condições de regularidade da proposta já invocadas, os atributos e os termos ou condições correspondem, assim, ao aspeto material dessa regularidade. Desta forma, será materialmente irregular a proposta que contenha elementos (atributos ou termos ou condições) que violem disposições injuntivas do caderno de encargos, da lei ou de princípios normativos. Também será materialmente irregular a proposta a que faltem elementos de conteúdo (atributos ou termos ou condições) exigidos pelo caderno de encargos e/ou que venham a implicar a violação de vinculações legais.

Para PEDRO COSTA GONÇALVES a dicotomia destes dois conceitos (atributos e termos ou condições da proposta) prende-se essencialmente com a previsão de cláusulas no caderno de encargos relacionadas com especificações técnicas exigidas, enquanto densificadoras do objeto do contrato e consubstanciadoras de aspetos da sua execução submetidos à concorrência (cf. artigos 49.º, n.º 2 e 75.º, n.º 5 do CCP), e outras cláusulas vertidas no mesmo que regulariam a própria execução do contrato¹¹⁵. De resto, é isso mesmo que dispõe o artigo 42.º, n.º 11 do CCP.

¹¹³ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, «Uma análise...», cit., p. 15.

¹¹⁴ Sobre a possibilidade das propostas que não são acompanhadas dos documentos exigidos pelo programa do concurso ou convite serem objeto de processo de regularização, v. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 801.

¹¹⁵ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 582-600.

6. Os esclarecimentos relativos às candidaturas e propostas

Após o termo do prazo para apresentação, segue-se a fase de análise das candidaturas ou propostas, consoante o tipo de procedimento pré-contratual concretamente em causa. Compete ao júri analisar as candidaturas para efeitos da qualificação dos respetivos candidatos, estando prevista a possibilidade de pedir àqueles os esclarecimentos que considere necessários sobre os documentos destinados à qualificação¹¹⁶.

O artigo 72.º do CCP, para além de prever a possibilidade de o júri pedir esclarecimentos às propostas, contempla um conjunto de situações em que as propostas e candidaturas são suscetíveis de serem suprimidas, seja officiosamente pelo júri do procedimento, seja através de intervenção direta dos concorrentes ou candidatos mediante solicitação do júri. O concorrente pode, nesta sede, apresentar documentos ou substituir documentos que tenha apresentado desde que estes não alterem a proposta em nenhum dos seus elementos¹¹⁷.

Nos procedimentos bifásicos, uma vez decorrido o prazo para a apresentação de candidaturas, segue-se a fase da respetiva análise para efeitos de qualificação, função que compete ao júri, nos termos do artigo 178.º, n.º 1 do CCP. O júri do procedimento pode pedir aos candidatos quaisquer esclarecimentos sobre os documentos destinados à qualificação que considere necessários para efeitos da análise das candidaturas, faculdade que se encontra prevista no n.º 1 do artigo 183.º. Tal faculdade, contudo, somente se aplica a concursos nacionais, porquanto sempre que se trate concursos internacionais, isto é, com publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, basta o candidato apresentar o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP)¹¹⁸. Sem prejuízo do exposto, o júri pode solicitar aos candidatos a apresentação de documentos¹¹⁹,

¹¹⁶ Cf. artigo 183.º do CCP.

¹¹⁷ Cf. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2014, p. 116; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., p. 209.

¹¹⁸ Cf. artigo 168.º, n.º 1 do CCP. Nos procedimentos em que é exigido, o DEUCP substitui a declaração conforme o Anexo I (documento de proposta) e o Anexo V (documento de candidatura) do CCP, e constitui uma declaração sobre compromisso de honra atualizada, que tem o valor de prova preliminar sobre a verificação das condições relativas aos candidatos ou concorrentes, cf. artigo 59.º da Diretiva n.º 2014/24/UE. Para uma leitura mais profunda sobre esta matéria v. Relatório da Comissão ao Parlamento e ao Conselho sobre a análise da aplicação prática do Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP), de 17/05/2017 COM (2017).

¹¹⁹ Nos termos do artigo 59.º, n.º 4 da Diretiva n.º 2014/24/UE, a autoridade adjudicante pode solicitar aos proponentes e candidatos a apresentação da totalidade ou de parte dos documentos comprovativos, não prevendo, porém, qualquer consequência para o não cumprimento por parte do operador económico, e desonerando-o de qualquer responsabilidade no caso de a autoridade adjudicante já ter em sua posse tais documentos, ou caso os possa obter pelos seus meios (cf. n.º 5 do mesmo artigo).

contudo, a menos que o programa do procedimento preveja o contrário, não haverá qualquer sanção para o incumprimento da solicitação.

Os esclarecimentos prestados fazem parte integrante das respetivas candidaturas, desde que não contrariem os elementos constantes dos documentos que as constituem ou não visem suprir omissões que determinam a sua exclusão, nos termos do artigo 184.º, n.º 2, alínea e) do CCP. De resto, aplica-se o disposto no artigo 72.º no que diz respeito ao pedido de esclarecimentos e ao suprimento de irregularidades das candidaturas, nos termos que melhor procuraremos esclarecer adiante.

No que concerne às propostas, após o termo do prazo para a sua apresentação, estas adquirem características de relativa rigidez e imodificabilidade que perduram até ao final do procedimento. Essa relatividade prende-se com a possibilidade de se prever uma fase procedimental em que a alteração das propostas seja permitida, ou não. Quando as peças do procedimento de contratação pública sejam omissas quando a uma fase procedimental na qual seja possível qualquer modificação às propostas, a intangibilidade das mesmas é o princípio retor¹²⁰.

Não cabendo no presente trabalho a análise às possibilidades previstas *a priori* que permitem a modificabilidade das propostas¹²¹, recentremos a questão para aqueles casos em que impera o princípio da intangibilidade.

É possível afirmar que a estabilidade das propostas se encontra também atenuada nos procedimentos que não sejam dotados de uma fase procedimental que visa a sua alteração, seja porque é cada vez mais exigente fundamentar com sucesso a exclusão de uma proposta¹²², seja porque os princípios da concorrência e da proporcionalidade impõem

¹²⁰ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios...», cit., p. 79.

¹²¹ Falamos dos procedimentos que preveem ou contemplam a possibilidade de as propostas serem alteradas, como seja o convite à melhoria da proposta no caso do ajuste direto, nos termos do artigo 125.º, n.º 2 do CCP, ou a fase de negociação no caso da consulta prévia, prevista nos artigos 118.º a 121.º, ou do leilão eletrónico no âmbito do concurso público, previsto nos artigos 140.º e ss. Também no concurso limitado por prévia qualificação é admissível o leilão eletrónico, por remissão do artigo 162.º, n.º 1, assim como no concurso público é admissível a negociação das propostas, nos termos do artigo 149.º, havendo ainda o procedimento de negociação (artigos 201.º e ss). Ainda que o CCP preveja fases procedimentais onde o princípio da intangibilidade das propostas surge mitigado, a verdade é que não deixa de existir o momento em que as propostas deixam de ser alteráveis; nestas circunstâncias, esse momento somente surge mais tarde.

¹²² Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, AAFDL, 2013, p. 1109.

que a entidade adjudicante adote uma postura menos formalista perante determinados casos.

A apreciação das propostas destina-se a confirmar, numa primeira fase, a suscetibilidade de adjudicação de cada proposta, sendo aferida a sua compatibilidade com as peças do procedimento ou com a lei. Numa segunda fase é ajuizado o respetivo mérito, tendo em vista a adjudicação da proposta que melhor satisfaça o interesse público que justificou a decisão de contratar. A apreciação das propostas abrange, deste modo, duas operações: a análise e a avaliação.

A análise das propostas¹²³ consiste numa tarefa que é levada a cabo pelo júri ou serviços da entidade adjudicante¹²⁴, que materializa a «verificação de requisitos legais e regulamentares relativos ao cumprimento das condições de regularidade substancial, orgânica e formal das propostas»¹²⁵, podendo, em certos casos, ser regularizadas as propostas que não cumpram com determinadas condições, conforme se verá. Quer isto dizer que a análise da proposta tem por referência a própria proposta, e não a sua comparação com outras, no sentido de determinar se a mesma pode ser adjudicada mediante uma análise global que lhe é feita¹²⁶.

Já a avaliação das propostas surge numa fase subsequente¹²⁷ que se dirige à consideração, não de toda a proposta, mas especificamente dos seus atributos, e na qual é aplicado o critério de adjudicação, do qual decorre uma pontuação, classificação e ordenação das propostas apresentadas. A análise das propostas culminará na aceitação ou exclusão das propostas rececionadas ao procedimento pré-contratual, e a avaliação procede à classificação e ordenação das mesmas de modo a apurar o adjudicatário. Se da análise de uma proposta se concluir que a mesma não pode ser adjudicada, não se procede

¹²³ Cf. artigo 70.º do CCP.

¹²⁴ Ao júri do procedimento de contratação pública cumpre, nomeadamente, proceder à apreciação das propostas (cf. alínea b) do n.º 1 do artigo 69.º do CCP), e, nos casos em que o procedimento seja conduzido pelos serviços da entidade adjudicante, é a estes que compete as atribuições do júri (cf. n.º 3 do artigo 67.º do CCP).

¹²⁵ Cit. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 829.

¹²⁶ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 464.

¹²⁷ O próprio CCP define que a análise de propostas ocorre antes da respetiva avaliação (cf. artigo 146.º), isto é, a avaliação das propostas tem lugar após a aferição de que as propostas apresentadas cumprem os requisitos exigidos tanto pelo CCP como pelo caderno de encargos. A avaliação de propostas consiste na aplicação do critério de adjudicação, na sequência do qual irá resultar uma pontuação, classificação e ordenação daquelas. O próprio n.º 5 do artigo 146.º do CCP prevê que, quando haja negociação das propostas, a avaliação das mesmas ocorra em momento posterior, em sede de segundo relatório preliminar (cf. artigo 152.º do CCP), sendo a análise das mesmas feita em sede de primeiro relatório preliminar, no qual constará explicitamente a exclusão e/ou admissão das propostas.

à sua avaliação e inclusão na lista de ordenação de propostas que venha a ser indicada no relatório preliminar¹²⁸.

Ora, iniciado o processo de análise das propostas, podem ser necessários esclarecimentos ou clarificações dos concorrentes sobre aspetos das respetivas propostas. A clarificação que seja feita tem de encontrar uma correspondência no texto ou nos elementos que constituem a proposta, sob pena de estarmos perante uma violação do princípio da intangibilidade das propostas. Por outras palavras, não pode ser concedida ao concorrente a faculdade para, posteriormente, no momento em que ele próprio já tem conhecimento dos outros concorrentes e das suas propostas, melhorar a sua proposta¹²⁹. Por outro lado, os esclarecimentos prestados pelos concorrentes ou candidatos não podem contrariar elementos constantes das peças do procedimento, nem ser utilizados para suprir as omissões que levariam *ab initio* à exclusão das propostas ou candidaturas.

Neste sentido, o artigo 72.º, n.º 1 do CCP prevê que o júri do procedimento pode pedir aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas que considere necessários à sua análise e avaliação, fazendo parte integrante das mesmas os esclarecimentos que venham a ser prestados. Esta faculdade surge como um poder instrutório geral¹³⁰ que é concedido ao júri no âmbito de um regime rigoroso, uma vez que os esclarecimentos que venham a ser prestados têm de se limitar a uma mera função explicativa ou de aclaração de algo menos nítido ou ambíguo¹³¹. Ainda que o Código não contivesse uma disposição expressa nesse sentido, o contraente público teria sempre a possibilidade de pedir informações aos operadores económicos segundo o disposto no CPA, em especial à luz do princípio do inquisitório¹³².

Importa afirmar que, embora a redação do n.º 1 do artigo 72.º indicie uma faculdade que é concedida ao júri, i.e., o pedido de esclarecimentos consubstanciar um poder discricionário, a verdade é que estamos perante uma obrigação que deve ser exercida

¹²⁸ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 465.

¹²⁹ Como se afirma no Acórdão do TJUE, de 04/05/2017, *Esaprojekt*, C-387/14, «os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, bem como o dever de transparência, se opõem a qualquer negociação entre a entidade adjudicante e um proponente no âmbito de um procedimento de adjudicação de contratos públicos, o que implica que, em princípio, uma proposta não pode ser alterada após a sua apresentação, quer seja por iniciativa da entidade adjudicante quer do proponente» (cf. n.º 37).

¹³⁰ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação ...*, cit., p. 1099.

¹³¹ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios...», cit., p. 78.

¹³² Cf. PAULO OTERO, «Intangibilidade das propostas...», cit., p. 101. O princípio do inquisitório está previsto no artigo 58.º do CPA.

sempre que o teor da proposta se apresente ambíguo ou, dito por outras palavras, sempre que suscite dúvidas passíveis de serem dissipadas mediante esclarecimento. Estamos, na verdade, perante um poder-dever¹³³.

De modo a não afetar o princípio da intangibilidade das propostas, os esclarecimentos prestados não podem: 1) contrariar os elementos constantes dos documentos que constituem a proposta; 2) alterar ou completar os respetivos atributos e; 3) ter por objetivo suprimir omissões que determinam a exclusão da proposta, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Impõe-se fazer a ressalva de que as condicionantes supra expostas não são cumulativas, bastando verificar-se o preenchimento de uma das situações para que os esclarecimentos prestados sejam desconsiderados pelo júri e não sejam apensos à proposta, podendo, em situações limite, comportar a exclusão da mesma.

É neste sentido que, relativamente ao n.º 2 do artigo 72.º do CCP, é possível afirmar a consagração de um princípio de relevância condicionada, na medida em que não basta ao concorrente prestar o esclarecimento que lhe tenha sido solicitado e, nessa sequência, pronunciar-se no sentido que lhe seja mais favorável e eventualmente contrariar a proposta por si apresentada. O esclarecimento prestado fica condicionado à aferição de que não viola o princípio da intangibilidade das propostas, juízo que deve ser feito pelo júri do procedimento. Conforme aponta PEDRO COSTA GONÇALVES, uma manifestação da relevância condicionada dos esclarecimentos sobre a proposta encontra-se no facto de o CCP prever que o teor da proposta prevalece sobre os esclarecimentos que tenham sido prestados¹³⁴.

A própria jurisprudência portuguesa já reiterou que os pedidos de esclarecimentos só são legítimos quando se limitem a clarificar certa ambiguidade da proposta, não podendo

¹³³ Cf. Acórdão do TCAN, de 21/05/2021, proc. n.º 01960/20.0BEPRT (Paulo Ferreira de Magalhães), no sentido em que «os princípios do favor do procedimento e da concorrência demandam que o disposto no art. 72.º, n.º 1 do CCP assome como um poder-dever e não como a atribuição de uma verdadeira discricionariedade de ação, ao ponto de persistindo dúvidas quanto ao sentido como se encontra descrito na proposta um termo ou condição o júri se exima de exercer o seu poder de pedir esclarecimentos e excluir a proposta apresentada». Também o Acórdão n.º 44/2020 do TdC, de 02/11/2020, proc. n.º 2399/2020, 1.ª Secção – SS (Fernando Oliveira Silva) que afirma que há violação do princípio da imparcialidade quando o júri se recusa intencionalmente a recorrer ao instituto do artigo 72.º do CCP tendo em vista a procura da “verdade material” (cf. n.º 66).

¹³⁴ Cf. resulta da leitura conjugada do n.º 5 do artigo 96.º do CCP, e das alíneas d) e e) do n.º 2 do mesmo artigo (cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 831-832).

introduzir qualquer elemento novo que possa influir na sua apreciação e avaliação¹³⁵, fazendo parte integrante da proposta quando respeitem os limites legais. Esse controlo pela observância das condicionantes legais aplicáveis é também feito pelos concorrentes, a partir do momento em o CCP prevê que os pedidos de esclarecimentos efetuados pelo júri, bem como as respostas prestadas, devem ser disponibilizados em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante, devendo todos os concorrentes ser imediatamente notificados desse facto. Este preceito visa o princípio da transparência do procedimento, permitindo que os concorrentes confrontem os esclarecimentos prestados com a proposta.

Um breve apontamento deve ser feito quanto à possibilidade do candidato ou concorrente prestarem, por sua livre iniciativa, quaisquer esclarecimentos que considere pertinentes para efeito de apreciação da sua candidatura ou proposta. Embora o CCP nada diga sobre estes casos, tal não impede que o júri possa utilizar qualquer facto de que obtenha por essa via para tomar uma decisão adequada e informada. Tal conduta sempre estaria salvaguardada pelos princípios do inquisitório e da livre apreciação da prova ao abrigo da discricionariedade instrutória atribuída ao júri, nos termos dos artigos 58.º e 115.º, n.º 1 do CPA¹³⁶. Por outro lado, caso da candidatura ou proposta não adviesse qualquer desconformidade com as peças do procedimento ou a lei, mas surgisse de forma autonomizada por via do esclarecimento, pode esse esclarecimento ser desconsiderado, mantendo intacta a conformidade da candidatura ou proposta. Contudo, caso o esclarecimento venha evidenciar uma causa de exclusão que já se encontrava implícita ou explicitamente na proposta, a sua exclusão será sempre devida.

¹³⁵ Cf. Acórdão do STA, de 07/05/2015, proc. n.º 01355/14 (José Veloso), no sentido em que «os “esclarecimentos” permitidos pelo artigo 72.º do CCP, para se manterem fiéis aos princípios da imutabilidade da proposta, deverão limitar-se a tornar clara certa ambiguidade ou obscuridade da mesma, não podendo introduzir qualquer elemento novo que possa influir na sua apreciação e avaliação»; o acórdão do STA, de 14/06/2018, proc. n.º 0395/18 (Maria Benedita Urbano) reitera a mesma ideia, no sentido em que «como se afigura evidente, os esclarecimentos não podem envolver a alteração de qualquer aspeto da proposta que pudesse conduzir à sua exclusão por quaisquer razões materiais o que abrange todas as alíneas do artigo 70.º, n.º 2, e não apenas a alínea a). Numa palavra, esclarecer ou clarificar não pode ser modificar». Por sua vez, o acórdão do TCAN, de 06/12/13, proc. n.º 02363/12.6BELSB (Carlos Luís Medeiros de Carvalho) reitera a mesma ideia, no sentido em que «tem-se como inadmissíveis esclarecimentos prestados pelos concorrentes que contrariam elementos constantes de documentos das propostas, que alterem ou completem estas nas respetivas características/atributos ou que se destinem ou visem suprir omissões da proposta a que faltasse algum dos atributos submetidos à concorrência pelo caderno de encargos e que seriam conducentes à sua exclusão».

¹³⁶ Cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, cit., p. 190.

Por outro lado, impõe o princípio da igualdade¹³⁷ (cf. artigo 1.º-A, n.º 1 do CCP) que aos concorrentes em idênticas circunstâncias seja dada a mesma oportunidade de clarificar o conteúdo das respetivas propostas. Decorre da jurisprudência europeia¹³⁸ que o júri só deve formular pedidos de esclarecimentos quando tenha previamente tomado conhecimento das demais propostas a concurso, de modo a aferir os destinatários desses pedidos e os moldes em que os esclarecimentos devem ser solicitados.

Por fim, quanto ao momento em que os esclarecimentos devem ser prestados, ele ocorrerá preferencialmente numa fase prévia à avaliação. Por outras palavras, quando o júri aplica o critério de adjudicação e ordena as propostas, esta avaliação deve, preferencialmente, incidir sobre propostas previamente esclarecidas. Contudo, nada obsta a que posteriormente à elaboração do relatório preliminar e audiência prévia sejam solicitados esclarecimentos, nomeadamente para confirmar ou infirmar quaisquer observações que os demais concorrentes façam naquela sede¹³⁹. Nestes casos, o interesse na obtenção de informação que permita a tomada de boas decisões é superior ao interesse que a entidade adjudicante possa ter na celeridade do procedimento, não havendo, portanto, qualquer limite ao número de pedidos de esclarecimentos que podem ser solicitados antes de ser proferida a decisão de adjudicação.

7. O suprimento de irregularidades nas propostas e candidaturas

O artigo 72.º, n.º 3 do CCP prevê uma fase de saneamento das candidaturas e propostas que padeçam de irregularidades formais, impondo determinados limites a esse subprocedimento de regularização. Considerando a controvérsia que este instrumento tem merecido ao longo dos anos, que não se prende necessariamente com a mais recente versão da disposição normativa, vale a pena debruçarmo-nos sobre a sua evolução histórica e o caminho trilhado até ao momento.

¹³⁷ Enquanto princípio que garante iguais condições de acesso e de participação dos operadores económicos aos concursos, não podendo ser feita qualquer discriminação ilegítima entre os interessados, nem se admitindo desvios à interpretação e aplicação das normas que regulam os procedimentos adjudicatórios (cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios...», cit., pp. 92-95).

¹³⁸ Cf. Acórdãos *Slovensko, Manova e Archus e Gama*, já referidos neste trabalho.

¹³⁹ Cf. Acórdão do STA, de 29/09/2016, proc. n.º 0867/16 (Costa Reis) que, no âmbito de um concurso público para fornecimento de refeições em refeitórios escolares, tendo sido excluída uma proposta por não apresentar a totalidade dos documentos exigidos pelo programa do procedimento, veio o concorrente pronunciar-se em sede de audiência prévia no sentido de que a proposta por si apresentada continha os documentos que alegadamente estavam em falta.

Contudo, e antes de avançarmos, importa esclarecer que os atos que padeçam de ilegalidades pouco graves, tidas como insuscetíveis de afetar de forma essencial a produção de efeitos estáveis, são considerados atos irregulares. A irregularidade tem um carácter excecional no direito administrativo, uma vez que o princípio da legalidade¹⁴⁰, na sua vertente de preferência de lei, acarreta necessariamente o não reconhecimento de efeitos aos atos inválidos. Contudo, mediante determinadas circunstâncias, é possível que o ato em causa passe a ser meramente irregular, sendo um fenómeno exclusivo de vícios formais¹⁴¹.

7.1 O estado da arte antes da aprovação do Código dos Contratos Públicos

Sem prejuízo de estarmos cientes de que o direito dos contratos públicos é o resultado de uma longa evolução que antecede largamente os regimes jurídicos aprovados pelo legislador português durante o século XX¹⁴², e cuja análise não cabe nestas páginas, estamos em crer que cumpre fazer uma análise ao regime anterior, que previa enunciados normativos relativos à possibilidade de as entidades adjudicantes convidarem os concorrentes à sanção de vícios formais menores.

Ora, através da Portaria n.º 7702, de 24 de outubro de 1933, que constituiu um marco na sistematização das regras aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais¹⁴³, foi aprovado um conjunto de «instruções para arrematação e adjudicação de obras públicas e fornecimentos e suas respetivas liquidações», aplicável ao regime do contrato de empreitada de obras públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48871, de 19 de fevereiro de 1969. Ao abrigo daquela Portaria, as entidades adjudicantes podiam admitir e adjudicar propostas afetadas por uma irregularidade formal¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Consagrado no artigo 266.º, n.º 2 da CRP, o princípio da legalidade dita que a Administração Pública prossiga o interesse público em obediência à lei, só podendo agir com esse fundamento e dentro dos limites por ela impostos. Implica que, ao contrário do que acontece no Direito privado, em que o princípio da liberdade permite que se possa fazer tudo aquilo que a lei não proíba, a Administração Pública somente pode fazer aquilo que a lei permite – princípio da competência (cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 49-51).

¹⁴¹ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 2007, p. 49.

¹⁴² Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação...*, cit., pp. 315-342.

¹⁴³ Cf. *Idem*, p. 320.

¹⁴⁴ Cf. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O concurso público nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 63-64. Para a Autora, o facto de a Portaria n.º 7702, de 24 de outubro de 1933, determinar que uma proposta irregular poderia ser considerada nula e de nenhum efeito ao invés de impor sem mais, denota um poder discricionário de admissão, ou não, das propostas irregulares.

De facto, entendia-se que as entidades adjudicantes tinham liberdade na escolha do adjudicatário¹⁴⁵, pois a adjudicação podia incidir sobre propostas irregulares. Tal veio a redundar não na cristalização das propostas, conforme pretendido, mas, em nome da melhor satisfação do interesse público, na adjudicação de propostas irregulares. Efetivamente, havendo uma norma que proibia o proponente de solicitar a sanção de irregularidades formais ou mesmo de oferecer qualquer explicação sobre a sua proposta, nada impedia as entidades adjudicantes de admitir propostas que contivessem vícios formais¹⁴⁶.

O Decreto-Lei n.º 48871, de 19 de fevereiro de 1969, passou a prever um regime destinado a permitir a sanção de irregularidades formais, ainda que versando somente sobre os documentos de habilitação dos concorrentes¹⁴⁷ – a figura da admissão condicional. Efetivamente, através do n.º 4 do artigo 82.º do Decreto-Lei n.º 48871, a comissão tinha o dever de admitir condicionalmente os concorrentes que apresentassem documentos com deficiência de selo ou com assinatura não reconhecida por notário, e de os convidar a sanar as referidas irregularidades no prazo de 24 horas, sob pena de exclusão. Através daquela disposição, o legislador procurou limitar a discricionariedade das entidades adjudicantes na admissão de propostas irregulares, pois o não suprimento daquelas sempre obrigaria à exclusão dos concorrentes. Por outro lado, o preceito somente discriminava duas irregularidades suscetíveis de sanção, pelo que todas as demais que se viessem a verificar comportariam a exclusão da proposta. Contudo, rapidamente se defendeu o sentido exemplificativo do preceito¹⁴⁸, ao invés do seu elenco taxativo, permitindo, assim, que as entidades adjudicantes convidassem os proponentes a suprirem outras irregularidades, nomeadamente as que viciassem documentos da proposta, e não somente os documentos de habilitação¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 227.

¹⁴⁶ Efetivamente, a Portaria n.º 17796, de 6 de julho de 1960, que veio a definir modelos de programa de concurso e caderno de encargos, assinalou expressamente que as propostas desacompanhadas dos documentos exigidos ou entregues com preterição da forma exigida poderiam ser excluídas, não consubstanciando um dever de exclusão dessas mesmas propostas (cf. artigo 9.º).

¹⁴⁷ Cf. artigo 82.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 48871, de 19 de fevereiro de 1969.

¹⁴⁸ Cf. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, Porto, Athena, 1973, pp. 190 e 191.

¹⁴⁹ No mesmo sentido, o Parecer n.º 21/84, de 15 de março, do Conselho Consultivo da PGR (Mário Torres), disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/>, que defendia que não é taxativa a enumeração das irregularidades sanáveis constante do n.º 4 do artigo 82.º, devendo estender-se o mesmo regime às irregularidades formais que não influam no ato do concurso ou nos seus fins, nem prejudiquem o objetivo que, com a sua prática regular, se pretende.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de agosto, operando a transposição das Diretivas n.ºs 71/304/CEE e 71/305/CEE do Conselho, de 26 de julho de 1971, sobre contratos de empreitadas de obras públicas¹⁵⁰, manteve exatamente aquele preceito, alterando somente o prazo para a sanção das irregularidades¹⁵¹. Não obstante as dificuldades colocadas pela literalidade do preceito¹⁵², foi-se firmando o entendimento meramente exemplificativo do preceito normativo, permitindo-se a sanção de outras irregularidades não essenciais, procurando-se, desta forma, moderar o formalismo dos procedimentos de contratação pública. Em última linha, o princípio do aproveitamento dos atos jurídicos e o princípio da prossecução do interesse público¹⁵³ eram utilizados como catalisadores do suprimento de irregularidades nas propostas, desde que tal não prejudicasse os princípios da igualdade entre os concorrentes e da imparcialidade na comparação das propostas¹⁵⁴.

Ganhando força a interpretação do regime da admissão condicional dos concorrentes pela via da sanção de irregularidades relativas a formalidades não essenciais, o Decreto-Lei n.º 24/92, de 25 de fevereiro, aplicável à celebração de outros contratos que não as empreitadas, e o Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de dezembro, sobre contratos de empreitadas de obras públicas, vieram operar uma harmonização da legislação face ao entendimento doutrinário e jurisprudencial. Através destes diplomas, passou-se a permitir genericamente a admissão condicionada dos concorrentes cujos documentos fossem apresentados com preterição de formalidades não essenciais¹⁵⁵, deixando de indicar

¹⁵⁰ Nomeadamente o seu artigo 27.º, que previa norma permissiva de convite ao operador económico para apresentar ou explicitar os documentos apresentados a título de habilitação ou para o preenchimento dos requisitos de capacidade técnica e financeira.

¹⁵¹ O n.º 4 do artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de agosto, prevendo a possibilidade de sanar irregularidades nos documentos de habilitação, concede um prazo de dois dias úteis para o efeito, ao invés de 24 horas.

¹⁵² Cf. Parecer n.º 32/88, de 18 de agosto, proferido pelo Conselho Consultivo da PGR (Oliveira Branquinho), disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/>, que para além de afirmar não ser taxativa a enumeração das irregularidades sanáveis, a falta de listas de preços unitários era passível de ser suprida pelo n.º 4 do artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de agosto.

¹⁵³ Cf. Parecer de 8 de janeiro de 1990 de DIOGO FREITAS DO AMARAL, que defendia a aplicação do regime da admissão condicional dos concorrentes, previsto no artigo 85.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de agosto, para todas as irregulares não essenciais, devendo ser consideradas insanáveis as irregularidades «quando a irregularidade verificada influir no acto do concurso ou nos seus fins; quando a irregularidade afectar os objetivos de igualdade, seriedade e transparência do concurso; quando o interessado não tiver cumprido os requisitos mínimos das formalidades exigidas ou o seu requerimentos ou a proposta não contiver os elementos essenciais que permitam determinar o pedido ou proceder à instrução» (*apud* MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O concurso público...*, cit., p. 165, nota de rodapé 300).

¹⁵⁴ Cf. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 240-242.

¹⁵⁵ Cf. artigos 39.º, n.º 4 e 85.º do Decreto-Lei n.º 24/92, de 25 de fevereiro, e o artigo 87.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de dezembro.

expressamente as irregularidades suscetíveis de sanção (que, recordemos, se prendiam com a apresentação de documentos com deficiências de selo e a entrega de documentos com assinatura não reconhecida por notário).

Através daqueles diplomas estabeleceu-se, pela primeira vez, uma cláusula geral permissiva da sanção de irregularidades formais, numa evidente tentativa de dotar aquele regime de uma maior elasticidade, rompendo com o anterior regime pautado por uma excessiva rigidez.

A aprovação do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março, que sucedeu ao Decreto-Lei n.º 24/92, de 25 de fevereiro, alargou o leque de irregularidades suscetíveis de serem supridas. Através daquele, não só era permitida a sanção de irregularidades nos documentos entregues, mas também a sanção dos documentos que não tenham sido apresentados por motivos alheios à vontade do concorrente¹⁵⁶. Contudo, o Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março, introduziu ainda outra novidade, na medida em que, ao contrário do que vinha sendo regra nos regimes anteriores e no à data contemporâneo Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de dezembro, o legislador coloca como critério à admissão condicional dos concorrentes a inimizabilidade dos vícios verificados nas propostas ou documentos de habilitação. Por outras palavras, aquilo que se verificava era que nos procedimentos dirigidos à celebração de contratos de empreitadas de obras públicas a sanção de irregularidades podia operar sem que se tivesse que fazer qualquer juízo de inimizabilidade do vício; já nos procedimentos para a contratualização de serviços, aquisição e locação de bens móveis, os concorrentes tinham de fazer prova que a irregularidade não lhes era imputável, o que constituía uma complexificação indevida do regime¹⁵⁷.

Foi precisamente essa complexificação que mais tarde ditou a eliminação do critério da inimizabilidade do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, que sucedeu ao Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março, aproximando-o do regime aplicável aos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas¹⁵⁸. Desta forma, tanto para a

¹⁵⁶ Cf. artigo 59.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março.

¹⁵⁷ Cf. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O concurso público...*, cit., pp. 166-167. Segundo a Autora, entre os dois regimes existia uma diferença substancial de critério, pois no Decreto-Lei n.º 55/95 as irregularidades eram imputadas aos concorrentes, enquanto no Decreto-Lei n.º 405/93 estaria em causa a própria natureza das irregularidades.

¹⁵⁸ O Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 março, manteve exatamente nos mesmos termos a redação que constava do seu antecessor Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de dezembro.

contratação de serviços, aquisição ou locação de bens móveis, bem como para os procedimentos que tinham por objeto empreitadas, estava prevista uma cláusula geral de admissão condicional dos concorrentes, sem que se tivesse de fazer um juízo de inimizabilidade do vício formal para ser aplicada. A figura da admissão condicional dos concorrentes estava configurada tendo em consideração as fases do procedimento de contratação pública, cabendo primeiramente à comissão decidir sobre a admissão dos concorrentes e, eventualmente, promover a sua admissão condicionada, ficando para momento ulterior o conhecimento do conteúdo das propostas e a respetiva apreciação. Por outro lado, o regime previa a não exclusão de propostas cujo modo de apresentação padecia de vícios considerados não essenciais¹⁵⁹.

Na verdade, ambos os regimes aprovados no final da década de 90 materializam o culminar da «existência de uma tradição favorável e persistente à sanção da preterição de formalidades não essenciais»¹⁶⁰, que principiou pela previsão da admissão dos concorrentes como uma decisão administrativa discricionária, para evoluir para a maturação do princípio da legalidade e do progressivo reconhecimento de que o formalismo e rigidez do regime de sanção de irregularidades teria que ceder perante outros valores jurídicos. Quando se previu o modelo taxativo de irregularidades suscetíveis de suprimento, a doutrina e a jurisprudência rapidamente defenderam um regime mais moderado, que não descurasse os princípios da igualdade e da imparcialidade, mas que claramente não reduzia as possibilidades de saneamento à preterição de selo e de reconhecimento notarial de assinatura, alargando esse instituto a outros documentos que não somente os que habilitavam os concorrentes¹⁶¹.

¹⁵⁹ Cf. n.º 4 do artigo 101.º, e alínea c) do n.º 3 do mesmo artigo, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, respetivamente.

¹⁶⁰ Cit. JORGE PAÇÃO, «O suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a motivação do legislador e uma resenha sobre as suas origens no direito português dos contratos públicos», in MIGUEL ASSIS RAIMUNDO (COORD.), *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (16-17 de maio de 2019, FDUL) – Actas da Conferência*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 54.

¹⁶¹ Cf. Acórdão do STA, de 23/04/2003, proc. n.º 0348/03 (Costa Reis), no sentido em que «se no Programa do Concurso se prevê a admissão condicional dos concorrentes que não apresentem a totalidade dos documentos exigidos juntamente com a sua proposta e a sua notificação para essa apresentação no prazo de cinco dias, nada impede que verificada essa circunstância o Júri admita condicionalmente um concorrente e o notifique para apresentação da documentação em falta no indicado prazo. A apresentação destes documentos não constitui violação do princípio da intangibilidade das propostas porquanto os mesmos se destinam a comprovar o seu conteúdo e, se assim é, a proposta continua inalterada».

Aquando da aprovação da versão inicial do Código dos Contratos Públicos, tal representou uma rutura com o caminho anteriormente trilhado, conforme teremos oportunidade de esmiuçar nas páginas seguintes.

7.2 Entre a aprovação do Código dos Contratos Públicos e o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto

Como já tivemos oportunidade de examinar, previamente à entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, a solução normativa então vigente assentava na previsão de uma fase de saneamento do procedimento pré-contratual, e na expressa consagração da admissão condicional dos concorrentes.

Ora, a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, procurou compatibilizar o regime nacional com o direito comunitário, sistematizar os procedimentos, uniformizar os regimes substantivos e, ainda, modernizar e desburocratizar o sistema através da opção pela contratualização eletrónica. Na senda de promover a simplificação e a desmaterialização dos procedimentos de contratação pública, passou a eliminar a fase procedimental destinada à admissão condicional dos concorrentes, que fazia parte de um conjunto de competências acometidas à comissão do ato público do concurso.

Com a aprovação há muito aguardada deste Código, deixou de existir «um enunciado normativo do qual fosse extraível norma permissiva da sanção de irregularidades»¹⁶², revestindo uma impossibilidade para o júri do procedimento no sentido de promover quaisquer suprimientos¹⁶³. Não obstante esta opção do legislador, a jurisprudência administrativa rejeitou perfilhar da tese de que o CCP proibia em absoluto o suprimento de irregularidades formais, vulgarizando o entendimento de que se impunham “válvulas de escape”¹⁶⁴ ao colete de forças em que o regime em análise havia sido metido. A opção

¹⁶² Cit. JORGE PAÇÃO, «O suprimento de irregularidades...», cit., p. 40.

¹⁶³ O princípio da legalidade, na vertente da precedência de lei, pressupõe que qualquer conduta administrativa seja habilitada por ato normativo. Pelo que, na ausência de norma habilitante, a Administração, neste caso o júri, tem o dever de não agir.

¹⁶⁴ Cf. Acórdão do TCAN, de 11/02/2015, proc. n.º 00490/14.4BECBR (Esperança Mealha), no sentido em que «os princípios das proporcionalidade e do “favor” do procedimento, apontam para a necessidade de afastar, como norma do caso, uma solução de exclusão da proposta que, em concreto, se mostra irrazoável, desnecessária e desadequada e determinam uma interpretação das regras do Código dos Contratos Públicos e da Portaria n.º 701-G/2008 no sentido de admitirem “válvulas de escape”, que permitam evitar a exclusão

legislativa consagrada no Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, fez também correr bastante tinta e alimentou discussões, sendo possível identificar duas linhas de pensamento, ambas no sentido de admitir o suprimento das propostas.

Assim, uma abordagem assentava na desconsideração de certas irregularidades formais e no uso de normas princípio, partindo de uma análise casuística e na aplicação da teoria da degradação de formalidades essenciais em não essenciais. A outra linha de pensamento justificava o suprimento ou desconsideração de irregularidades formais mediante a previsão dessa possibilidade no programa do procedimento¹⁶⁵. Procuraremos desenvolver ambas nos subcapítulos que se seguem.

7.2.1. A teoria da degradação das formalidades essenciais

O subtópico que nos propomos analisar não tem previsão expressa no CCP, isto é, não consta de uma norma regra que convide o interprete a lançar mão da teoria da degradação das formalidades essenciais em não essenciais sempre que, partindo de uma análise casuística, essa opção se colocasse.

As formalidades não constituem um fim em si mesmas, sendo determinadas pelo bloco de legalidade atendendo às finalidades substanciais que visam salvaguardar, e à luz das quais têm de ser interpretadas as normas que as prescrevem. Assim, sempre que sejam preteridos determinados requisitos de legalidade formais, mas os fins visados pela norma tenham sido integralmente atingidos por outro modo, o que acontece não é o preenchimento da norma e a sua conseqüente aplicabilidade. Na verdade, estamos perante a degradação de formalidades essenciais em formalidades não essenciais, que por sua vez acarreta a depreciação do efeito da invalidade do vício em causa numa mera irregularidade¹⁶⁶, tornando inútil o cumprimento dos requisitos formais. Ainda que se considere, como regra geral, que todas as formalidades previstas no bloco de legalidade são obrigatórias, e que o seu desrespeito inquina na invalidade, quando os efeitos ou

de uma proposta cuja valia não vem questionada e a exclusão de um concorrente cuja vontade firme de contratar não é posta em causa, apenas como decorrência de uma irregularidade formal».

¹⁶⁵ Através da aplicação do n.º 4 do artigo 132.º do CCP, que prevê expressamente a possibilidade de o programa do concurso conter quaisquer regras consideradas convenientes pela entidade adjudicante, desde que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência.

¹⁶⁶ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, cit., pp. 37-38; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., pp. 454-456.

interesses pretendidos com essa formalidade são alcançados por outra via, estamos perante formalidades relativamente essenciais¹⁶⁷. Esta abordagem corresponde à rejeição de uma conceção formalista do procedimento administrativo em geral, e do procedimento pré-contratual no nosso estudo em concreto.

A aplicação da teoria da degradação de formalidades essenciais em não essenciais ao espectro da contratação pública implica que a irregularidade não produz efeitos, porquanto não é encetado o processo regulatório. Tal só é possível quando o fim visado pela formalidade exigida às candidaturas ou propostas é atingido por outra via, não carecendo se regularização, uma vez que não há nada para suprir ou sanar por efeito da degradação de uma formalidade essencial em formalidade não essencial.

Embora o CCP não preveja expressamente a aplicação desta teoria, o facto de contemplar um regime destinado a sanar irregularidades formais que careçam de suprimento também não parece afastar a possibilidade de haver irregularidades que não carecem de suprimento, e em relação às quais não se produz o efeito da irregularidade¹⁶⁸. É inclusivamente entendido como uma obrigação para a entidade adjudicante recorrer à teoria da degradação das formalidades essenciais, alicerçada no princípio do aproveitamento do ato administrativo, para salvar uma proposta, decorrendo essa obrigação da aplicação dos princípios gerais de Direito Administrativo, como sejam os princípios da prossecução do interesse público, da boa administração, da razoabilidade e da colaboração com os particulares. Mas também dos princípios da contratação pública, nomeadamente os princípios da igualdade concorrencial, da boa-fé da declaração negocial, da proporcionalidade e do interesse público financeiro¹⁶⁹.

Contudo, uma das críticas apontadas à teoria das formalidades não essenciais reside na dificuldade em determinar as finalidades subjacentes a uma determinada formalidade, e, a partir dessa aferição, apurar se aqueles interesses ou objetivos são alcançáveis por outra via. Havendo dúvidas quanto ao fim específico que uma determinada formalidade encerra, levantam-se problemas de incerteza e insegurança jurídicas.

¹⁶⁷ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1984, pp. 460-461.

¹⁶⁸ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, cit., p. 841.

¹⁶⁹ Cf. Acórdão n.º 04/2022 do TdC, de 25/01/2022, proc. n.º 1446/2021, 1.ª Secção – PL (Sofia David), n.º 60.

JORGE PAÇÃO¹⁷⁰ defende que a teoria se aplica não só às formalidades a observar, mas também à forma como as mesmas devem ser feitas. Quer isto dizer que, enquanto as primeiras visam, grosso modo, a maneira como a proposta ou candidatura seja apresentada, cumprindo não só os tramites necessários à correta submissão da proposta (por via de plataforma eletrónica de contratação pública, por exemplo), bem como a apresentação de um determinado documento, a segunda diz respeito à preterição de requisitos formais, como sejam o mero preenchimento de um formulário que era exigido pelo programa do procedimento.

Pela nossa parte, partilhamos do entendimento de que se impõe a aplicação da teoria da degradação das formalidades essenciais em não essenciais para efeitos de se considerar aproveitável uma proposta ou uma candidatura apresentada por um concorrente, no sentido de considerar que a formalidade preterida, apesar de ser essencial, se degradou em não essencial, e, desta forma, proceder ao salvamento da proposta ou candidatura irregular, ainda que esteja prevista a sua exclusão pela inobservância dessa formalidade. Neste ponto importa, sempre, fazer uma análise casuística e fazer uma ponderação entre as normas princípio e o bloco de legalidade – regras previstas pelo legislador e as regras previstas pelo contraente público nas peças do procedimento. Estando vinculada ao princípio da legalidade, a Administração Pública somente pode afastar a regra geral em situações limite.

O entendimento generalizado da doutrina vai no sentido de que «serão formalidades não essenciais aquelas que não prejudiquem a satisfação dos princípios basilares da contratação pública, em especial a igualdade entre os concorrentes e a imparcial comparação e avaliação das propostas»¹⁷¹. Com a devida vénia ao autor dessa linha de pensamento, e todos aqueles que dela perfilham, e sem ousarmos contrariá-la, a verdade é que colocar a questão de forma tão genérica, pouco ou nada oferece a quem se veja confrontado com a possibilidade de aplicar o n.º 3 do artigo 72.º do CCP. Ainda para mais quando o próprio legislador teve o cuidado de prever que o suprimento de irregularidades nas propostas ou candidaturas não deve afetar a concorrência e a igualdade de tratamento¹⁷².

¹⁷⁰ Cf. JORGE PAÇÃO, «O regime de suprimento...», cit., p. 51.

¹⁷¹ Cit. JORGE PAÇÃO, «O regime de suprimento...», cit., p. 53. No mesmo sentido, cf. BERNARDO DINIZ DE AYALA, «A distinção entre formalidades essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 56, 2006, pp. 26-28.

¹⁷² Cf. n.º 3 do artigo 72.º do CCP, *in fine*.

Conforme bem aponta PEDRO COSTA GONÇALVES, é importante não confundir os planos: uma coisa é aplicar a teoria das formalidades não essenciais às propostas, outra é a regulação de propostas. Quer isto dizer que, quando se aplica a teoria das formalidades não essenciais, na verdade não se está a suprir a proposta irregular; pura e simplesmente não se produz o efeito da irregularidade¹⁷³ da proposta que não cumpra as exigências formais, quando o fim específico da exigência formal preterida seja atingido por outra via.

A teoria da degradação de formalidades essenciais em não essenciais do regime geral do CPA (cf. alínea b) do n.º 5 do artigo 163.º) afasta o efeito anulatório como solução excecional para situações que afrontem o princípio da proporcionalidade, e não como regra geral¹⁷⁴. Esta “válvula de escape” acabou por inspirar a solução vertida no n.º 3 do artigo 72.º do CCP, nos termos do qual se admite relevar e suprir irregularidades formais das propostas causadas por preterição de formalidades não essenciais, conforme veremos adiante.

7.2.2. A autoatribuição de competências para suprir irregularidades

Consubstanciando a decisão de exclusão de uma proposta um ato administrativo sujeito ao princípio da legalidade, importa que essa decisão se baseie numa norma legal que preveja que um determinado facto provoca o efeito da exclusão da proposta. Assim, os artigos 70.º, n.º 2, 118.º, n.º 2, 122.º, n.º 2, 146.º, n.º 2 e 152.º, n.º 2 do CCP contemplam as possíveis causas de exclusão das propostas diretamente estabelecidas por lei.

A previsão de uma regra nas peças do procedimento de autoatribuição de competências acaba por ser aquela que, parece-nos, tenta uma aproximação ao princípio da legalidade e à precedência de lei, uma vez que, através da aplicação de uma regra habilitante vertida no CCP¹⁷⁵, a entidade adjudicante, na figura do órgão competente para

¹⁷³ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, cit., p. 841. A expressão é utilizada pelo autor por analogia à não produção do efeito anulatório prevista no artigo 163.º, n.º 5 do CPA, que é aplicável aos casos que implicam o desrespeito de formalidades essenciais que, desse modo e por força da lei, se veem degradadas em não essenciais.

¹⁷⁴ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à legalidade*, 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 123-130. Segundo o autor, os atos sanados são reintegrados na ordem jurídica por via do ato saneador, que habilita a sua inserção no domínio de legalidade.

¹⁷⁵ Cf. n.º 4 do artigo 132.º do CCP.

a decisão de contratar, pode prever no programa do concurso que compete ao júri promover a sanção de irregularidades formais nas propostas ou candidaturas.

Ora, a inclusão no programa do procedimento de regras específicas sobre o acesso, a tramitação e a decisão do procedimento pré-contratual abrangem também o poder para determinar (de acordo com as normas e princípios gerais) as consequências do incumprimento de tais regras¹⁷⁶. Mas o mesmo se diga em relação à possibilidade do suprimento ou da desconsideração de irregularidades formais mediante a formulação de um juízo favorável à previsão dessa possibilidade no programa do procedimento¹⁷⁷. Assumia-se que essa possibilidade não se encontrava explicitamente prevista no CCP, mas, em certos casos, poder-se-ia agir para além de um juízo de legalidade estrita com fundamento na autoatribuição de competência para esse efeito¹⁷⁸.

O CCP dispõe que as normas do Código relativas às fases de formação e de execução do contrato prevalecem sobre quaisquer disposições das peças do procedimento com elas desconformes – cf. artigo 51.º. Portanto, para além da entidade adjudicante ter a possibilidade de prever regras específicas que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, essas regras não podem contrariar o disposto no CCP. Quer isto dizer que o programa do procedimento não pode estabelecer que se pode admitir uma proposta entregue fora de prazo. Mas já é aceitável que estabeleça regras de admissão condicional das propostas, dando aos concorrentes a possibilidade de regularizarem as falhas na sua proposta – como a junção de uma tradução ou de um outro documento em falta –, desde que, findo o prazo para os concorrentes das propostas admitidas condicionalmente suprirem as falhas, sejam excluídas todas aquelas que se encontrem numa das situações previstas no artigo 146.º, n.º 2 do CCP¹⁷⁹. Como bem defende MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, trata-se de introduzir uma regra específica no programa do concurso que não tem por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, nem tão pouco contrariar o CCP.

¹⁷⁶ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., pp. 284-286.

¹⁷⁷ Cf. JORGE PAÇÃO, «O suprimento de irregularidades...», cit., p. 41.

¹⁷⁸ Cf. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, «O concurso público no Código dos Contratos Públicos», in PEDRO COSTA GONÇALVES (ORG.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 225.

¹⁷⁹ Cf. *Ibidem*.

7.3 O regime atual

Conforme já tivemos oportunidade de expor, a permissividade da doutrina e jurisprudência portuguesas relativamente à sanção de irregularidades nas propostas e candidaturas, complementada pela jurisprudência europeia no sentido de se aplicar um regime mais flexível, constituíram fundamentos para a intervenção legislativa de 2017.

Assim, através do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, o legislador retomou a tradição jurídico-pública no que diz respeito à matéria de suprimento de irregularidades formais nas propostas e candidaturas, enunciando, como medida de simplificação, desburocratização e flexibilização, a «possibilidade de sanar a preterição de formalidades não essenciais pelas propostas apresentadas, evitando exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público»¹⁸⁰.

A entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, passou a prever expressamente o dever de sanar irregularidades das propostas¹⁸¹. Com o aditamento do n.º 3 ao artigo 72.º do CCP, passou a estar expressamente prevista a obrigação do júri do procedimento solicitar aos candidatos e concorrentes que procedam ao suprimento das irregularidades das suas candidaturas e propostas causadas por preterição de formalidades não essenciais e que careçam de suprimento, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da candidatura ou proposta, e desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento. Contudo, ao contrário do que acontece com a letra do artigo 56.º, n.º 3 da Diretiva n.º 2014/24/UE, através da qual o legislador europeu concede às entidades adjudicantes uma faculdade de escolha de solicitar ou não a realização de suprimentos¹⁸²,

¹⁸⁰ Cit. parágrafo 8 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

¹⁸¹ Um pouco à semelhança do que acontece paralelamente no CPA, cujo n.º 1 do artigo 108.º prevê o suprimento de deficiências que o responsável do procedimento deve dirigir aos requerentes que tenham apresentado requerimentos.

¹⁸² A este propósito, recordemos o acórdão do TJUE, de 29/03/2012, *Slovensko*, C-599/10, n.º 38, ainda que relativo à Diretiva n.º 2004/18/CE, no qual se afirmou que a entidade adjudicante não tem a obrigação de estabelecer contacto com os operadores económicos, e que estes não se podem queixar da entidade adjudicante não ter obrigações nessa matéria, uma vez que a falta de clareza da proposta apenas resulta de uma omissão do seu dever de diligência na redação da mesma. Já o acórdão do TJUE, de 02/05/2019, *Lavorigna*, C-309/18, n.º 23, veio afirmar que o artigo 56.º, n.º 3 da Diretiva n.º 2014/24/UE autoriza os Estados-Membros a limitar os casos em que as autoridades adjudicantes podem solicitar aos operadores económicos que clarifiquem ou completem as suas propostas. Por outro lado, recordemos que a redação do artigo 56.º, n.º 3 da Diretiva n.º 2014/24/UE não foi totalmente pacífica, na medida em que a primeira

o legislador nacional optou por impor que sejam forçadas a salvar propostas irregulares¹⁸³. E, a nosso ver, ainda bem que assim o fez, pois de outro modo estar-se-ia a aceitar que a aplicação prática do regime de suprimento de irregularidades estaria condicionada a uma decisão discricionária da entidade adjudicante, na figura do júri, o que poderia suscitar problemas de segurança jurídica, na medida em que situações em tudo idênticas poderiam ser tratadas de forma distinta.

O mecanismo é uma forma de concretização do princípio da colaboração entre a Administração Pública (sob a forma de entidades adjudicantes) e os particulares (candidatos e concorrentes), e do princípio do aproveitamento dos atos jurídicos que contenham deficiências irrelevantes ou sanáveis. A favor deste mecanismo importa ainda referir o princípio do *favor participationis* em benefício do concorrente, e da máxima abertura à concorrência em benefício da entidade adjudicante.

Conforme resulta da leitura do n.º 3 do artigo 72.º do CCP, o suprimento tem por objeto irregularidades das propostas causadas por preterição de formalidades. O legislador refere-se inquestionavelmente a irregularidades ou vícios quanto à forma ou quanto ao modo de apresentação das propostas, não sendo suscetíveis de regularização quaisquer vícios ou irregularidades materiais (como sejam a não apresentação de atributos da proposta ou a violação de regras legais), nem irregularidades orgânicas (como seja em matéria de impedimentos).

Ao utilizar o termo “formalidades não essenciais”, o legislador parece apelar diretamente à teoria da degradação de formalidades essenciais em formalidades não essenciais, que já tivemos oportunidade de analisar. Contudo, para PEDRO COSTA GONÇALVES, o propósito da norma não é apelar à utilização daquela teoria, mas antes definir o pressuposto de aplicação do regime de regularização ou de suprimento, que não está contido na teoria da degradação de formalidades essenciais¹⁸⁴, porquanto âmbito de

proposta previa a obrigatoriedade de as entidades adjudicantes pedirem esclarecimentos ou documentos aos operadores económicos, cf. CARINA RISVIG HAMER, «Requesting additional information...», cit., pp. 237-238.

¹⁸³ Cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, cit., pp. 209-212. Já o acórdão n.º 10/2022 do TdC, de 15/03/2022, Processo n.º 2440/2021, 1.ª Secção – SS (Miguel Pestana de Vasconcelos), no âmbito do qual foi recusado o visto a um contrato por violação do artigo 72.º, n.º 3 do CCP, afirmou que embora a legislação nacional transforme um poder num dever, por ser o mais consentâneo com o princípio da igualdade, não foi tão longe quanto a diretiva lhe teria permitido ir, uma vez que restringe o suprimento a simples razões formais, afastando as de natureza substantiva (cf. n.ºs 61 e 62).

¹⁸⁴ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 840-842.

aplicação do artigo 72.º, n.º 3 são precisamente as formalidades não essenciais que tenham sido preteridas.

De facto, o pressuposto da teoria da degradação das formalidades essenciais assenta, precisamente, no carácter essencial da formalidade, enquanto o regime do suprimento de candidaturas e propostas vertido no CCP assenta no aspeto não essencial da formalidade preterida. Acresce que o n.º 3 do artigo 72.º órbita à volta de formalidades que careçam de suprimento, ou seja, de uma solicitação que o júri deve dirigir aos concorrentes no sentido de sanar irregularidades das suas propostas. Por outras palavras, o regime tem por base «uma formalidade que foi preterida ou omitida, mas que, embora não sendo essencial, tem de ser cumprida»¹⁸⁵. Não negamos a possível aplicação da teoria da degradação das formalidades essenciais em não essenciais ao espectro da contratação pública. Simplesmente partilhamos do entendimento que a mesma não cabe no artigo 72.º, n.º 3 do CCP¹⁸⁶, pois a aplicação deste regime pressupõe que se produza o efeito da irregularidade que, neste caso, se materializa através do convite à regularização da proposta. Recordamos que a aplicação daquela teoria implica que o efeito da irregularidade não se produz, pelo que o proponente não é convidado a suprir qualquer irregularidade da sua proposta, por o fim visado com essa formalidade ser atingido por outra via.

Assim, afastada a aparente remissão para a teoria da degradação de formalidades essenciais em não essenciais, o atual regime de suprimento de candidaturas e propostas assenta em três vetores: 1) tem por objeto irregularidades formais, isto é, irregularidades causadas por preterição de formalidades; 2) as formalidades suscetíveis de sanção não são essenciais, ficando excluídas do seu âmbito de aplicação as formalidades essenciais que tenham sido preteridas; e 3) a obrigatoriedade de suprir essas formalidades não essenciais.

Reitere-se a este propósito que as irregularidades essenciais não são sanáveis, pelo que a proposta ferida de tal vício não pode ser objeto de regularização. A título de exemplo, consubstanciam irregularidades insanáveis as propostas que não estejam assinadas, que sejam apresentadas fora do prazo definido para o efeito, que não sejam

¹⁸⁵ Cit. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 842.

¹⁸⁶ Cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 163-164.

acompanhadas de determinados documentos¹⁸⁷, entre outros. Com exceção das situações em que a sanção não é viável por força de uma impossibilidade jurídica, o juízo que deve ser feito para perceber a essencialidade da irregularidade, consiste em determinar se a regularização teria o efeito de modificar as características substanciais da proposta. O veredicto da essencialidade deve ainda ser extraído dos princípios gerais de contratação pública, nomeadamente dos princípios da transparência, da concorrência e da igualdade de tratamento dos concorrentes. Assim, consubstanciará uma irregularidade formal essencial aquela que não seja suscetível de ser sanada sem que sejam atingidos de forma negativa aqueles princípios, devendo a proposta ser excluída.

Reitere-se, também, que o regime de regularização previsto no n.º 3 do artigo 72.º do CCP aplica-se as irregularidades formais não essenciais que careçam de suprimento. Quer isto dizer que, caso não se opere o suprimento dessa irregularidade, a consequência é a exclusão da proposta. Por outro lado, está excluído do seu âmbito de aplicação as propostas com irregularidades não essenciais que não careçam de ser sanadas, porquanto não é aquela a consequência do vício de que padecem, operando, em relação a estas propostas, o princípio do aproveitamento dos atos jurídicos ilegais¹⁸⁸. Relativamente a propostas viciadas de irregularidades não essenciais, pense-se naqueles casos em que é exigido pelo programa do procedimento a apresentação de determinado documento, sem que se estabeleça que a omissão do mesmo comporta a exclusão da proposta.

Portanto, consubstancia uma irregularidade (formal não essencial) que carece de suprimento, toda aquela que comporte a exclusão da respetiva proposta caso não seja sanada. Parece decorrer do próprio preceito normativo a sugestão de que a irregularidade corresponde à omissão de um elemento formal, indicando como sanção a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura¹⁸⁹.

¹⁸⁷ A este propósito, discordamos do entendimento vertido no Acórdão do STA, de 11/09/2019, proc. n.º 0829/18.3BEAVR (Ana Paula Portela), no sentido de que a omissão do DEUCP poderia ser suprida através do mecanismo de junção posterior de documentos constitutivos da proposta. Considerando que o DEUCP substitui a declaração de manifestação da vontade de contratar que é formulada nos termos do Anexo I, que por sua vez consubstancia uma formalidade essencial, o mesmo entendimento deve ser extensível ao DEUCP.

¹⁸⁸ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 889.

¹⁸⁹ Alguns autores defendem que não basta que o facto que o documento visa provar seja anterior ao termo do prazo para apresentação de propostas, devendo esse mesmo documento ser anterior a esse termo, cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, cit., pp. 212-213.

A proposta que se apresente sem o instrumento de mandato, ou sem a assinatura de um dos membros do agrupamento, comportaria, à partida, a sua exclusão, por via dos artigos 146.º, n.º 2, alínea a) e 57.º, n.º 5 do CCP. Porém, não seria de estranhar que uma proposta nessas condições fosse admitida ao procedimento de contratação, com a entrega posterior do instrumento de mandato em falta ou do documento com todas as assinaturas necessárias.

A ideia subjacente a um entendimento menos formalista do assunto prende-se com o facto de as regras procedimentais serem vistas não como um fim em si mesmas, mas como normas que pretendem alcançar um certo objetivo. Nesta ótica, a regra não deve servir para excluir uma proposta apenas porque, na miríade de documentos que a constituem, um deles está omissa ou não foi assinado. Neste caso concreto, o objetivo da regra é que aquela proposta seja imputável a um determinado sujeito ou conjunto de sujeitos, porém não é preciso excluir a proposta para assegurar esse fim. A exclusão da proposta nestes termos figura-se como uma consequência excessiva.

No atual panorama da contratação pública, é privilegiada a substância sobre a forma, defendendo-se «um entendimento mitigado ou ponderado das exigências colocadas aos participantes nos procedimentos pré-contratuais, mesmo nos procedimentos conformados com uma ideia de imodificabilidade das propostas»¹⁹⁰, defendendo-se uma igualdade de oportunidades substancial e não meramente formal.

Ainda que se partilhe do entendimento de que o Direito da Contratação Pública depende de procedimentos formalizados de tipo burocrático¹⁹¹, que se destinam a assegurar uma rigorosa igualdade de tratamento entre todos os operadores económicos, submetendo as candidaturas e propostas às mesmas regras, previamente conhecidas por todos e aplicadas simultaneamente a todos, a verdade é que a exclusão de propostas por motivos estritamente formais muitas vezes leva ao não aproveitamento da melhor proposta, obrigando a entidade adjudicante a aproveitar aquela que, sendo pior, não incorre em falhas do ponto de vista formal e, por essa via, a não obter o melhor resultado do ponto de vista contratual e que melhor acautela o interesse público. Nesta esteira é defendida, então, uma postura menos formal e que potencia uma concorrência mais ampla

¹⁹⁰ Cit. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação...*, cit., p. 1111.

¹⁹¹ Cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2016, p. 48.

e um maior número de concorrentes admitidos, não sacrificando, por esta via, o interesse público ou perder-se, pela via da rigidez, boas oportunidades de contratação.

Para PEDRO COSTA GONÇALVES, as propostas objeto de suprimento são aquelas que padecem de uma irregularidade para a qual a lei, nos termos do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, ou o programa do procedimento determinam a exclusão, e é precisamente para evitar esse desfecho que a irregularidade não essencial deve ser suprida, consubstanciando o n.º 3 do artigo 72.º do CCP um mecanismo de salvação das propostas. Defende o autor que não existe qualquer incoerência entre o regime do suprimento de propostas e a previsão na lei ou nas peças do procedimento que determinam a respetiva exclusão, pois é o próprio n.º 3 do artigo 72.º do CCP que expressamente prevê a regularização dessas situações. Assim, por exemplo, a proposta que não venha acompanhada da declaração conforme modelo constante do Anexo I do CCP pode ser corrigida no processo de regularização das propostas e, somente no caso de não ser regularizada, é que a proposta é excluída nos termos do artigo 146.º, n.º 2, alínea d)¹⁹².

Discordando deste entendimento, LUÍS VERDE DE SOUSA defende uma visão mais restritiva do regime, afirmando que o n.º 3 do artigo 72.º do CCP «não permite suprir o conjunto de aspetos formais da proposta a cuja violação o legislador (ou a entidade adjudicante, ao abrigo do seu poder de autorregulação procedimental) associa a exclusão da proposta»¹⁹³.

Pela nossa parte, tendemos a concordar com esta última linha de pensamento. Se efetivamente o legislador ou a entidade adjudicante preveem como consequência da inobservância de formalidades não essenciais a exclusão das propostas, vir mais tarde permitir a sanção de tais irregularidades parece-nos, no mínimo, conflitar com os princípios da concorrência e da igualdade de tratamento dos concorrentes. E embora compreendamos a posição de PEDRO COSTA GONÇALVES ao defender que o mecanismo de salvação de propostas é um dever legal a ser cumprido pelo júri, a partir do momento em que a entidade adjudicante inicia o processo de suprimento de propostas que deveriam ser excluídas nos termos da lei ou das peças do procedimento, é a própria entidade

¹⁹² Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 797.

¹⁹³ Cit. LUÍS VERDE DE SOUSA, «Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento...», cit., p. 956.

adjudicante que se está a afastar dos critérios pré-estabelecidos e a desvirtuar as regras do procedimento de contratação pública.

O princípio da legalidade das decisões de exclusão implica que a exclusão de propostas só seja possível nos casos expressamente previstos na lei ou em regra do procedimento, ou seja, exige-se uma tipificação dos casos suscetíveis de exclusão¹⁹⁴. A defender-se o contrário, estaríamos perante uma situação em que o desvalor das normas procedimentais é tão grande, que os contraentes públicos estariam a afirmar perante os operadores económicos que é indiferente cumprir ou não cumprir, pois sempre será preferida uma solução que salve as propostas irregulares.

Assim, parece-nos que o n.º 3 do artigo 72.º tem uma aplicação residual, operando relativamente a propostas com irregularidades que resultam da preterição de exigências formais não essenciais estabelecidas na lei ou nas peças do procedimento, sem que esteja associada a essa preterição a exclusão da proposta¹⁹⁵. Estamos perante uma irregularidade que carece de suprimento, não porque a consequência da não regularização seja a exclusão da respetiva proposta previamente prevista na lei ou nas peças do procedimento, mas porque as regras procedimentais – e aqui referimo-nos à consequência aplicável caso o operador económico não proceda à regularização da sua candidatura ou proposta quando convidado a fazê-lo – previamente estabelecidas e cognoscíveis dos concorrentes assim o ditavam. Nestas circunstâncias, o júri está obrigado a desencadear o subprocedimento de regularização, concedendo um prazo máximo de cinco dias úteis para os concorrentes procederem à sanção do vício. A exclusão da proposta somente ocorrerá caso o concorrente não proceda à respetiva regularização dentro do prazo definido pelo júri.

¹⁹⁴ Cf. Acórdãos do TCAN, de 18/12/2020, proc. n.º 02481/19.0BELSB (Rogério Paulo da Costa Martins), e de 19/02/2021, proc. n.º 00731/20.9BELSB (Rogério Paulo da Costa Martins), nos quais se afirma que «a exclusão de uma proposta reduz a concorrência. Logo as hipóteses de exclusão das propostas devem ser reduzidas ao mínimo necessário, de forma a garantir o mais amplo possível leque de propostas. Este mínimo necessário traduz-se precisamente em apenas permitir a exclusão nos casos expressos previstos na lei (tipificação dos casos de exclusão) e interpretar estas normas de forma restritiva e não extensiva e, menos ainda, analógica».

¹⁹⁵ Cf. Acórdãos do STA, de 11/09/2019, proc. n.º 0829/18.3BEAVR (Ana Paula Portela) e de 09/07/2020, proc. n.º 0357/18.7BEFUN (Adriano Cunha), no sentido em que a falta de apresentação do DEUCP, que apesar de obrigatória não era exigida pelo programa do concurso, não conduz à imediata exclusão do candidato, apenas implicando o convite ao suprimento de preterição de formalidade não essencial. Não concordamos com este entendimento, pois a apresentação do DEUCP em substituição do Anexo I consubstancia uma formalidade insanável, pois é o próprio CCP que prevê que a sua falta é sancionada com a exclusão da proposta, nos termos do artigo 57.º, n.º 6 e do artigo 146.º, n.º 2, alínea d).

Para PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, a primeira parte do artigo 72.º, n.º 3 do CCP nunca pode ser aplicada por dois motivos: 1) confirmando-se a falta de essencialidade da formalidade que se visa sanar, não subsiste qualquer razão para o júri solicitar o suprimento de uma formalidade inútil¹⁹⁶; e 2) condicionando-se a não exclusão de uma proposta à hipótese de o candidato ou concorrente apresentar um elemento superveniente, tal implica que a formalidade violada seria essencial – porque se não o fosse nunca determinaria uma exclusão –, razão pela qual a disposição normativa continuaria a não ser aplicada¹⁹⁷.

Tal preceito normativo levou alguns autores¹⁹⁸ a colocarem em cima da mesa a problemática da suficiência da segurança jurídica relativamente à escolha do legislador no sentido de permitir uma ponderação por parte da entidade adjudicante, ou do júri, relativamente a tomada de decisões verdadeiramente decisivas quanto à participação dos interessados no procedimento. Sucintamente, o que estaria em causa seria a discricionariedade decisiva quanto à exclusão ou admissão dos candidatos ou concorrentes e, correlativamente, a segurança jurídica inerente a essa possibilidade concedida pelo legislador através da redação do n.º 3 do artigo 72.º do CCP. Segundo SARA AUGUSTO DE MATOS, este regime introduz um subjetivismo na apreciação de propostas e candidaturas porventura indesejável, ainda para mais considerando os limites legais algo volúveis erigidos para a utilização deste poder-dever, designadamente a necessidade de o suprimento não afetar a concorrência e a igualdade de tratamento¹⁹⁹, posição que acompanhamos.

Efetivamente, estamos perante um conflito de princípios estruturantes da contratação pública, designadamente o princípio da prossecução do interesse público e o princípio da concorrência. Considerando que o regime pré-contratual é excessivamente formalista, é inevitável que as entidades adjudicantes, na esteira do princípio do aproveitamento da proposta, sejam confrontadas com tais conflitos, que podem redundar no tratamento de casos iguais (ou análogos) de forma diferenciada, isto é, umas vezes excluindo as propostas, noutras aproveitando-as. Pelo que se sugere que as entidades adjudicantes, no

¹⁹⁶ Neste sentido, o Acórdão do STA, de 24/09/2020, proc. n.º 0329/19.4BELSB (Cristina Santos) que afastou a aplicabilidade do artigo 72.º, n.º 3 do CCP numa situação de falha na elaboração de um documento constitutivo da proposta que consubstancia uma mera irregularidade qualificada como não essencial, não carecendo de suprimento.

¹⁹⁷ Cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *A Revisão de 2021...*, cit., p. 165.

¹⁹⁸ Cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, cit., pp. 187-223.

¹⁹⁹ Cf. SARA AUGUSTO DE MATOS, «Suprimento de irregularidades das propostas...», cit., pp. 75-76.

universo dos procedimentos de contratação pública que individualmente desencadeiem, mantenham a mesma linha de ponderação no que concerne à utilização do mecanismo previsto no n.º 3 do artigo 72.º do CCP, principalmente quando esteja em causa o fornecimento continuado de bens ou serviços, pois estes implicarão, em princípio, a consulta a um determinado mercado, onde os operadores económicos já se conhecem, o que convida a um maior escrutínio dos concorrentes face às decisões da entidade adjudicante. Esta recomendação visa promover a uniformidade no tratamento de questões em matéria de suprimento de irregularidades idênticas, e, por essa via, salvaguardar as entidades adjudicantes, designadamente os membros dos júris, de suspeições de discriminação dos operadores económicos, ou de quaisquer favorecimentos alegadamente indevidos.

Para JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ²⁰⁰, um regime fechado, através do qual se restringe ao máximo a discricionariedade conferida à entidade adjudicante, oferece maior segurança jurídica na aplicação do Direito, na medida em que a contratação pública depende de procedimentos burocráticos, nos quais as formalidades exigidas se destinam a assegurar uma rigorosa igualdade de tratamento entre todos os operadores económicos, ao contrário de um regime aberto, que promoverá uma maior litigiosidade. O formalismo inerente à contratação pública visa garantir que a escolha da proposta adjudicada resulta da aplicação de regras predeterminadas, tanto na lei como nas peças do procedimento, promovendo a segurança jurídica e a estabilidade dos procedimentos pré contratuais. A atribuição de uma ampla margem de discricionariedade sobre a exclusão de propostas ou relativas à sua avaliação, por via da aplicação de critérios que não estejam predeterminados, afigura-se indesejável e, inclusivamente, indutora de uma carga de suspeição que se adensa quando as decisões sobre as propostas são tomadas quando já se sabe quais os operadores económicos que saem beneficiados ou prejudicados.

Para PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, o legislador, reconhecendo o formalismo exacerbado inerente aos procedimentos de contratação pública, ao invés de criar um regime, ou válvula de escape, que potencia incerteza quanto ao destino das candidaturas e propostas que violem as formalidades exigidas, deveria solucionar o problema pela

²⁰⁰ Cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários ao Anteprojeto...*, cit., p. 48-50.

simples eliminação dessas formalidades que ele próprio conota como “não essenciais”²⁰¹. O autor vai mais longe, afirmando que a solução preconizada no artigo 72.º, n.º 3 do CCP consubstancia uma violação do princípio da igualdade, na medida que é dado o mesmo tratamento e consequência jurídica (admissão da proposta) tanto ao operador económico que cumpriu as regras aplicáveis ao procedimento pré-contratual, como à quele que não cumpriu, tratando de forma igual sujeitos e situações distintas. O problema adensar-se-á quando as entidades adjudicantes se confrontem com proponentes que apresentem propostas estratégica e propositadamente irregulares, com vista a somente se vincularem a elas quando seja formalizado o convite à regularização das respetivas propostas.

Para JORGE PAÇÃO, «a decisão de admitir ou excluir uma proposta por nela se verificar um vício formal menor é paradoxalmente promotora de intensos e complexos conflitos normativos entre vários dos princípios estruturantes do direito da contratação pública»²⁰². Isto porque a decisão de admitir ou excluir uma proposta por preterição de formalidades chama à colação uma necessária ponderação entre os princípios da concorrência, da igualdade, da legalidade, da transparência, da boa-fé e até mesmo da prossecução do interesse público. Outros princípios são passíveis de entrarem em conflito, como sejam o princípio da intangibilidade das propostas ou o princípio da colaboração entre a Administração Pública e os particulares. Na verdade, a entidade adjudicante ou o júri são chamados a intervir na harmonização do conflito de normas princípio²⁰³.

Na verdade, perante esta conflituosidade de princípios, partilhamos do entendimento de que é preferível que o legislador não proceda à sua resolução através da introdução de mais normas de regra vinculativas para o decisor público, e promotoras de um sistema fechado elaborado mediante uma norma proibitiva ou de uma enumeração taxativa de situações suscetíveis de serem sanadas. Por outro lado, o silêncio normativo, conforme vigorou no Código dos Contratos Públicos até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, não parece ser a solução, por materializar uma verdadeira

²⁰¹ Cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, cit., p. 200-202.

²⁰² Cit. JORGE PAÇÃO, «O suprimento de irregularidades...», cit., p. 44.

²⁰³ Para JORGE PAÇÃO, a valorização ou exclusão de uma proposta por motivo de preterição de formalidades promove conflitos normativos. Assim, o princípio da concorrência no sentido da promoção de um ambiente concorrencial, conflitará com o princípio da igualdade enquanto exigência de tratamento igualitário entre os concorrentes, que por sua vez chocará com o princípio da prossecução do interesse público, na sua vertente de promoção da eficiência e racionalidade das decisões administrativas, ou até mesmo na exclusão de uma proposta que seja mais benéfica àquele objetivo (Cf. JORGE PAÇÃO, «O suprimento de irregularidades...», cit., pp. 44-45).

insegurança jurídica, porquanto não estava prevista qualquer norma para resolver uma questão de reconhecida complexidade²⁰⁴.

De resto, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, enuncia como medida de simplificação, desburocratização e flexibilização a recuperação da possibilidade de sanar a preterição de formalidades não essenciais pelas propostas apresentadas, evitando exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público, adotando inclusivamente uma postura pedagógica. Esta alteração foi ditada pela necessidade de transpor o artigo 56.º da Diretiva n.º 2014/24/UE, que, como já tivemos oportunidade de analisar, admite com uma grande amplitude o suprimento de propostas com irregularidades, o que não acontecia com a Diretiva n.º 2004/18/CE. Embora o legislador anuncie a recuperação de uma solução normativa anterior, parte da doutrina²⁰⁵ (que acompanhamos) rejeita tal entendimento, afirmando a natureza disruptiva do regime previsto no n.º 3 do artigo 72.º do CCP.

Sem prejuízo da questão controvertida, acompanhamos ainda o entendimento de alguns autores²⁰⁶ que vêem o artigo 72.º, n.º 3 do CCP como uma solução equilibrada, de pendor casuístico, que concede abertura suficiente à resolução de eventuais conflitos normativos causados pela possível sanção de irregularidades nas candidaturas e propostas, e que orienta minimamente a maneira como essa resolução deve operar, adotando inclusivamente uma postura pedagógica no sentido de alertar o interprete para a ponderação principiológica que cumpre fazer nessa sede.

Nunca é demais reafirmar, e conforme já tivemos oportunidade de expor, que o n.º 3 do artigo 56.º da Diretiva n.º 2014/24/UE, ao contrário do artigo 51.º da Diretiva n.º 2004/18/CE, prevê a possibilidade de as entidades adjudicantes solicitarem aos operadores económicos que apresentem, acrescentem, clarifiquem ou completem, em prazo adequado, informação ou documentação que seja ou pareça incompleta ou incorreta, desde que tal solicitação seja feita no respeito integral dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência. E que a alteração ao CCP operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, procurou ir ao encontro do Direito e jurisprudência europeus.

²⁰⁴ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., pp. 958-959.

²⁰⁵ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, «Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento...», cit., p. 936.

²⁰⁶ Cf. JORGE PAÇÃO, «O suprimento de irregularidades...», cit., p. 46.

No que diz respeito aos documentos que devem acompanhar as propostas em procedimentos de formação de contratos de concessão e de empreitadas de obras públicas, o artigo 57.º, n.º 2 do CCP prevê um conjunto de documentos que devem integrar as propostas, designadamente uma lista de preços unitários, um plano de trabalhos, um cronograma financeiro e um estudo prévio quando o objeto do contrato envolva a elaboração de um projeto de execução. Ora, quando a proposta não venha acompanhada por estes documentos, essas irregularidades não são suscetíveis de serem sanadas e há lugar à exclusão da proposta, nos termos do artigo 146.º, n.º 2, alínea d). Curiosamente, embora seja ainda exigida a indicação dos preços parciais dos trabalhos que o concorrente se propõe executar, o artigo 60.º, n.º 4 não prevê a exclusão das propostas nos casos de estes não serem apresentados, pelo que fica por esclarecer se estas situações são suscetíveis de serem regularizadas ou não. Pela nossa parte, entendemos que sim, aplicando o subprocedimento regulatório previsto no artigo 72.º, n.º 3 do CCP.

A fim de darmos por encerrado este tópico, importa determinar o momento procedimental em que deve ocorrer o suprimento de irregularidades formais não essenciais. O júri deve encetar este subprocedimento aquando da análise das propostas, assim que se aperceba da irregularidade. O ideal é que o júri não avalie propostas irregulares, devendo avançar para a avaliação das mesmas quando as propostas não padeçam de vícios, ou, padecendo, os mesmos já tenham sido oportunamente sanados. Idealmente, o incidente não deve ter lugar em fase posterior à análise e avaliação das propostas, como seja no momento da audiência prévia, ainda que seja perfeitamente aceitável que nesta sede venha o concorrente pronunciar-se sobre a intenção de exclusão da sua proposta por o júri ter considerado que a mesma padecia de irregularidades formais essenciais, mas que o concorrente discorda.

Pelo que entendemos que o momento ideal para se promover o suprimento de irregularidades nas candidaturas e propostas é durante a análise das mesmas. O momento posterior será o da avaliação, e nessa fase o júri deverá pontuar, classificar e ordenar as propostas que não padeçam de quaisquer vícios. Porém, caso o júri proponha, em sede de relatório preliminar, a exclusão de alguma proposta com fundamento na preterição de formalidades essenciais, e o concorrente se pronuncie em sentido contrário ao abrigo do direito de audiência prévia, é perfeitamente aceitável que o júri convide o concorrente a suprir a irregularidade nesse momento, evitando desta forma a prática de um ato ilegal. Não raras vezes o que acontece é que, a acompanhar a pronúncia, o próprio concorrente

toma a iniciativa de sanar a irregularidade da sua proposta, cabendo ao júri aceitar a bondade da pronúncia e, com base nisso, elaborar o relatório final do procedimento. De resto, reiteramos aquilo que já tivemos oportunidade de afirmar em sede de esclarecimentos: o interesse último da entidade adjudicante é a tomada de boas decisões, no sentido daquelas que melhor harmonizem os princípios da contratação pública e a satisfação do interesse da coletividade, que se materializarão em contratos que são, eles próprios, o resultado disso mesmo.

8. A retificação oficiosa de erros nas candidaturas e propostas

O júri do procedimento tem a faculdade de proceder à retificação oficiosa de erros de escrita ou de cálculo contidos nas candidaturas ou propostas, desde que seja evidente para qualquer destinatário a existência do erro e os termos em que o mesmo deve ser corrigido.

Trata-se de um mecanismo há muito admitido pela jurisprudência nacional²⁰⁷, por recurso ao disposto no artigo 249.º do Código Civil, que prevê que o simples erro de cálculo ou de escrita, revelado no próprio contexto da declaração ou através das circunstâncias em que a declaração é feita, confere o direito à retificação desta. Mas que só recebeu consagração legal expressa depois da revisão de 2017, figurando no n.º 4 do artigo 72.º do CCP²⁰⁸. Desta forma, a lei prevê expressamente um dever²⁰⁹ acometido ao júri do procedimento no sentido de promover officiosamente a correção de erros de escrita ou de cálculo, ficando proibido de excluir propostas que padeçam desses vícios.

E esta disposição não conflitua com a previsão do artigo 60.º, n.ºs 2 e 3 do CCP, que preveem, em caso de divergência, a prevalência dos preços indicados por extenso ou dos

²⁰⁷ Cf. Acórdão do STA, de 20/06/2013, proc. n.º 0467/13 (Madeira dos Santos), que decidiu que «se a proposta tem um “lapsus calami” ostensivo e se é absolutamente seguro o que, na vez do que aí se escreveu, se pretendia escrever, deve o júri aceitar a retificação da proposta à luz do princípio geral de direito acolhido no art. 249.º do Código Civil, abstendo-se de propor a exclusão dela». E no Acórdão do TCAN, de 06/12/13, proc. n.º 02363/12.6BELSB (Carlos Luís Medeiros de Carvalho) considerou-se «admissível que a entidade adjudicante proceda à correção ou consideração oficiosa de propostas de concorrentes admitindo a sanção de correções de pormenor ou a retificação de erros manifestos, de cálculo, de escrita ou outros constantes da proposta, nos termos do art. 249.º do CC, sem exigir para o efeito, quer o consentimento prévio, quer o assentimento posterior por parte dos respetivos concorrentes».

²⁰⁸ Conforme aludimos em momento anterior, a retificação oficiosa de erros contidos nas candidaturas ou propostas por parte do júri do procedimento de contratação pública, apresenta-se como um regime análogo ao poder de suprimento de deficiências dos requerimentos previsto no n.º 2 do artigo 108.º do CPA.

²⁰⁹ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 835-836.

preços parciais mais decompostos, respetivamente. Isto porque a *ratio* do artigo 60.º não é o de impedir a retificação, mas antes obstar a que o concorrente indique, após o conhecimento das propostas, qual dos preços prevalece²¹⁰.

A aplicação deste poder-dever de retificação exige a cumulação da evidência ou do carácter manifesto do erro com a forma de o corrigir, o que continua a ser perfeitamente compatível com o disposto no artigo 60.º, uma vez que este pretende evitar uma decisão favorecedora de fundamento não objetivamente demonstrável sobre um elemento da proposta. Na verdade, o artigo 72.º, n.º 4 assegura que, verificando-se objetivamente margem de retificação, esta deve ser obrigatoriamente assegurada pelo júri.

A admissibilidade de retificação tem de passar num teste de evidência para um observador externo. Quer isto dizer que todos os intervenientes do procedimento têm de verificar o erro, o que, por sua vez, viabiliza o direito à retificação, que é promovida pelo júri, e constitui garantia da objetividade da admissão da retificação da proposta. Se, apesar da evidência do erro, não for clara a forma de o corrigir, não haverá lugar a retificação oficiosa, mas, eventualmente, a um pedido de esclarecimentos, ou ao convite à regularização da proposta.

Não é demais reiterar que as retificações que se façam à proposta não podem redundar numa proposta diferente daquela que foi apresentada, pelo que a correção de erros materiais de escrita ou de cálculo deve ser sempre promovida, pois estar-se-á a promover a essência da proposta, ou seja, embora a correção se traduza materialmente numa alteração, ela não se traduz numa alteração à essência da proposta. Pense-se numa lista de preços unitários, cujo somatório não coincide com o preço global proposto; a entidade adjudicante deverá não só promover a retificação oficiosa do erro de cálculo, mas também admitir ainda assim a proposta caso desse cálculo resulte um preço global diferente do indicado pelo proponente, uma vez que através da retificação ocorreu um retorno àquilo que seria sempre a essência da proposta.

O juízo que deve ser feito prende-se, essencialmente, com os critérios de identidade de uma proposta, quais os elementos que nela são essenciais, quais os aspetos submetidos à concorrência e os seus termos e condições. Se a entidade adjudicante considerar que

²¹⁰ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação...*, cit., p. 1119.

não estão reunidas as condições mínimas para confiar na declaração do concorrente, e objetivamente sustentar essa posição, pode legitimamente excluir a proposta²¹¹.

Nesta sede, importa esclarecer que esta mitigação do princípio da intangibilidade das propostas só é possível e conforme com os demais princípios da contratação pública, designadamente a transparência, quando seja dada a conhecer aos demais intervenientes no procedimento pré-contratual as retificações que hajam ocorrido²¹². Assim, embora o artigo 72.º, n.º 5 do CCP não preveja que as retificações officiosas devam ser disponibilizadas em plataforma eletrónica e disso sejam notificados os candidatos e concorrentes, entendemos que o princípio da transparência assim o impõe. E o mesmo se aplica caso seja utilizado um meio de transmissão eletrónica de dados alternativo, em detrimento da plataforma eletrónica. Assim, no caso de procedimentos pré-contratuais de consulta prévia que tramitem, por exemplo, via email, caso o júri proceda à retificação officiosa de erros nas propostas, deverá disso dar a conhecer não só o proponente, mas também os outros concorrentes.

Mais consideramos que essas retificações officiosas deverão ocorrer em sede de relatório preliminar, um pouco à semelhança do que é feito com os esclarecimentos que sejam prestados pelos concorrentes²¹³. Se pensarmos que os esclarecimentos e o suprimento de irregularidades consubstanciam um subprocedimento instrutório, no qual a entidade adjudicante inicia um contraditório com os operadores económicos, só disso tomando conhecimento os demais concorrentes em sede de audiência prévia quando são

²¹¹ Cf. Acórdão do STA, de 11/07/2019, proc. n.º 042/19.2BALS (Maria Benedita Urbano), no qual foi rejeitada a suscetibilidade de substituição de uma referência de “16GB de RAM” por “4GB de RAM”, por não existir qualquer elemento estritamente inscrito na proposta que pudesse evidenciar de forma indesmentível a existência de um lapso do concorrente. Por sua vez, no acórdão do TCAS, de 19/06/2019, proc. n.º 48/18.9BEPDL (Pedro Marchão Marques), não foi possível imputar a um mero lapso a declaração que um concorrente formulou quanto ao fornecimento de “tubos de vidro” num procedimento pré-contratual que tinha por objeto a aquisição de “tubos de plástico”, sem que o concorrente provasse em que medida se extrairia da sua proposta a intenção de cumprir o caderno de encargos. Em contrapartida, no acórdão do STA, de 18/01/2018, proc. n.º 0742/17 (José Veloso), foi possível identificar um lapso relativo à periodicidade da execução do contrato; no caso, o caderno de encargos previa uma execução quinzenal e alguns documentos da proposta faziam referência a uma execução mensal, quando outros indicavam uma execução quinzenal, o que era indiciador da real intenção de satisfazer a periodicidade exigida pela entidade adjudicante. É revelante neste caso o facto de não se ter bastado a declaração de aceitação do caderno de encargos para afastar os documentos que aparentemente contrariavam a periodicidade exigida; na verdade, essa declaração só teve relevância porque existia uma declaração adicional específica que auxiliava o júri na descoberta da vontade real do declarante. Para uma análise crítica a este Acórdão, v. DAVID COELHO, «Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 18/01/2018», *Revista de Contratos Públicos*, n.º 18, 2018, pp. 163-165.

²¹² Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação...*, p. 1130.

²¹³ Cf. artigos 122.º, n.º 3 e 146.º, n.º 4 do CCP.

efetivamente informados por via do relatório preliminar, não nos parece fazer sentido que também não seja nessa sede que o júri proceda oficiosamente a quaisquer retificações oficiosas das propostas que contenham erros de cálculo ou de escrita óbvios. O que não seria aceitável é que a entidade adjudicante não desse a conhecer as retificações que as propostas tenham merecido.

De resto, defendemos que as retificações devem ser publicadas em momento útil considerando a fase procedimental em que o procedimento pré-contratual se encontre. Por uma questão de economia e eficiência procedimentais, se o júri já vai elaborar o relatório preliminar, no qual é vertida a análise e avaliação das propostas, faz sentido que seja nesse documento que são promovidas as retificações oficiosas. Desta forma, todos os concorrentes, incluindo o operador económico que viu a sua proposta corrigida, têm conhecimento em simultâneo das retificações promovidas, bem como do seu conteúdo completo e atualizado para, querendo, poderem pronunciar-se²¹⁴ sobre as mesmas em sede de audiência prévia. Estar-se-á, deste modo, a promover o escrutínio por parte dos outros participantes e a assegurar a igualdade de tratamento, no sentido em que se afasta a suspeita de favorecimento.

9. A problemática das assinaturas eletrónicas

Ainda no âmbito do regime de suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas surge a questão, não menos complexa, das assinaturas eletrónicas que surgiram com o advento da contratação pública eletrónica, e que muitos problemas suscitou, constituindo um dos temas mais críticos da reforma do CCP, e que resultou em arestos não raras vezes díspares²¹⁵.

Prevê o artigo 62.º, n.º 1 do CCP que os documentos que constituem a proposta são apresentados diretamente em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante, dispondo o n.º 4 daquele artigo que os termos a que deve obedecer a apresentação e a

²¹⁴ Sobre o concorrente que recusa a retificação oficiosa feita pelo júri, quando esta se limitou a descortinar o sentido inequívoco da sua proposta, partilhamos do entendimento de que o operador económico não pode recusar a alteração, pois tal seria o equivalente a negar a sua própria vontade manifestada (Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios...», cit., p. 84).

²¹⁵ Cf. MARCO CALDEIRA, «Breves reflexões sobre a transposição das Directivas de Contratação Pública de 2014: Precisaremos de um novo Código dos Contratos Públicos?», *e-Pública*, Vol. II, n.º 2, 2015, pp. 181-182.

recepção das propostas são definidos por diploma próprio. Pelo que a análise deste tópico implica debruçarmo-nos sobre o regime legal concretamente aplicável, designadamente a Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, que regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública²¹⁶, e que para LUÍS VERDE DE SOUSA «constituiu uma oportunidade perdida para clarificar a disciplina respeitante à apresentação e assinatura eletrónica das propostas»²¹⁷. Contudo, importa informar que muitas das questões controvertidas são prévias à entrada em vigor deste diploma, e resultaram da (falta de) prática tanto dos operadores económicos como das entidades adjudicantes na tramitação eletrónica dos procedimentos de contratação pública, culminando em exclusões de propostas e candidaturas motivadas pela ausência de assinatura ou irregularidades referentes às assinaturas eletrónicas.

A contratação pública digital²¹⁸ impulsionou a utilização de plataformas eletrónicas, especialmente quando estejam em causa procedimentos com público apelo à concorrência²¹⁹, o que obrigou à implementação de medidas que permitissem garantir a autenticidade (correspondência entre o autor aparente e o autor real), integridade (preservação contra alterações) e confidencialidade (preservação contra o acesso por pessoas não autorizadas ou antes do termo do prazo para a apresentação de propostas) dos documentos eletrónicos²²⁰. Estes problemas relativos à segurança dos documentos

²¹⁶ Sobre este diploma importa informar que através do mesmo se transpôs o artigo 29.º da Diretiva n.º 2014/23/UE, o artigo 22.º e o anexo IV da Diretiva n.º 2014/24/UE e o artigo 40.º e o anexo V da Diretiva n.º 2014/25/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. A Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, procedeu ainda à revogação do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de julho, e da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de julho, que regulavam a apresentação e recepção de propostas, candidaturas e o recurso e utilização de plataformas eletrónicas.

²¹⁷ Cit. LUÍS VERDE DE SOUSA, «A assinatura eletrónica das propostas: alguns problemas criados ou não resolvidos pela Lei n.º 96/2015», *Revista de Contratos Públicos*, n.º 24, 2020, p. 46.

²¹⁸ Impulsionada pelo Decreto-Lei n.º 104/2002, de 12 de abril, que aprovou o regime de aquisição de bens por via eletrónica por parte dos organismos públicos. Sobre a contratação pública eletrónica importa ainda ter presente que as Diretivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, visaram a simplificação da tramitação procedimental através de meios eletrónicos, vindo completar o quadro legislativo para a utilização de assinaturas eletrónicas na contratação pública, cuja génese remonta, no quadro legal europeu, à Diretiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1999, ainda que não abordasse aspetos específicos de contratação pública. A nível nacional, a matéria das assinaturas eletrónicas teve a sua génese no Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto.

²¹⁹ Ainda que o artigo 62.º, n.º 1 do CCP preveja que os documentos que constituem a proposta são apresentados diretamente em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante, essa disposição contém a exceção prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 115.º, isto é, a possibilidade de apresentação de proposta por meio alternativo de transmissão eletrónica de dados (como seja o email), quando se trate de procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia.

²²⁰ Cf. MIGUEL PUPO CORREIA, «Assinatura electrónica e certificação digital», pp. 9-10, disponível em <https://livrozilla.com/doc/518400/assinatura-electrica-e-certificacao-digital>, e AFONSO PATRÃO, «Assinaturas Electrónicas, Documentos Electrónicos e Garantias Reais», *Revista CEDOUA*, n.º 29, 2012, pp. 48-49.

eletrónicos encontraram solução na «assinatura eletrónica (ou uma das suas modalidades) que consegue, de forma cabal, garantir de uma só vez a identidade do outorgante, a inviolabilidade do documento e a confidencialidade do conteúdo»²²¹.

A assinatura eletrónica²²² corresponde a um instrumento eletrónico²²³, a cuja utilização o legislador associa algumas das funções da assinatura autógrafa, tendo o efeito legal equivalente ao de uma assinatura manuscrita²²⁴. Na verdade, «uma vez que a lei civil não faz nascer qualquer efeito da aposição de uma assinatura autógrafa a um documento, é o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto [atualmente o Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de fevereiro], que acaba por prescrever as consequências»²²⁵, prevendo a presunção de que: 1) a pessoa que após a assinatura digital é o titular desta (ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa coletiva titular da assinatura eletrónica); 2) a assinatura digital foi aposta com a intenção de assinar o documento eletrónico e; 3) o documento eletrónico não sofreu alteração desde que foi aposta a assinatura eletrónica qualificada²²⁶.

Assim se conclui que, embora existam diferenças óbvias entre a “wet signature”²²⁷ e a assinatura eletrónica, o princípio da equivalência funcional faz com que exista uma equiparação jurídica entre ambas. Arriscamo-nos até a afirmar que a assinatura eletrónica qualificada oferece maiores garantias que a assinatura autógrafa, na medida em que a

²²¹ Cit. AFONSO PATRÃO, «Assinaturas Electrónicas...», cit., p. 50.

²²² A assinatura eletrónica é definida como «os dados em formato eletrónico que se ligam ou estão logicamente associados a outros dados em formato eletrónico e que sejam utilizados pelo signatário para assinar» (cf. n.º 11 do artigo 3.º do Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014), diferenciado a assinatura eletrónica avançada (cf. n.º 10 do artigo 3.º e artigo 26.º daquele Regulamento) da assinatura eletrónica qualificada (cf. n.º 12 do artigo 3.º do mesmo Regulamento). Sobre a aposição de assinatura eletrónica em documentos, v. LUÍS VERDE DE SOUSA, «A assinatura eletrónica das propostas...», cit., pp. 49-53.

²²³ Cf. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Dicionário dos Contratos Públicos*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, p. 87.

²²⁴ Cf. artigo 25.º, n.º 2 do Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, e n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de fevereiro, que assegura a execução na ordem jurídica interna daquele Regulamento.

²²⁵ Cit. AFONSO PATRÃO, «Assinaturas eletrónicas...», cit., p. 54. Importa fazer a ressalva de que o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto, foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de fevereiro, que assegura a execução na ordem jurídica interna do Regulamento (UE) n.º 910/2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno.

²²⁶ Cf. artigo 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de fevereiro.

²²⁷ Cf. LUÍS VALADARES TAVARES, *O Essencial sobre Contratos Públicos: as Diretivas de 2014 e o Decreto-Lei n.º 111-B/2017*, OPET, 2018, p. 38.

primeira não pode ser falsificada e garante a inalterabilidade dos dados constantes do documento eletrónico após a aposição daquela assinatura²²⁸.

Assim, o artigo 54.º, n.º 1 da Lei n.º 96/2015 exige que os documentos submetidos na plataforma eletrónica, quer por entidades adjudicantes, quer por operadores económicos, sejam assinados com recurso a assinatura eletrónica qualificada. Por sua vez, o artigo 146.º, n.º 2, alínea l) do CCP prevê a exclusão das propostas que não observem as formalidades previstas no artigo 62.º, designadamente cujos documentos não estejam assinados com recurso a assinatura eletrónica qualificada.

Feito este breve enquadramento introdutório, cumpre-nos debruçarmo-nos sobre alguns problemas que a aposição de assinatura eletrónica em documentos tem suscitado.

Consideramos de pacífica solução a aferição do momento da aposição da assinatura eletrónica. Tendo por referência os n.ºs 4 e 5 do artigo 68.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto²²⁹, questiona-se se a assinatura eletrónica deve ocorrer forçosamente antes do carregamento dos documentos na plataforma, ou se a mesma pode ser aposta aquando da submissão da plataforma, i.e., do seu *upload*. Esta questão é relevante na medida em que todas as plataformas eletrónicas exigem a aposição de assinatura eletrónica no momento da submissão da proposta, parecendo haver uma duplicação de exigências formais (assinatura dos documentos que constituem a proposta previamente ao seu carregamento e assinatura aquando do carregamento da proposta na plataforma).

Era entendimento generalizado da jurisprudência que bastava os documentos que constituem a proposta serem assinados no momento do seu carregamento na plataforma eletrónica, não sendo exigível essa mesma assinatura em momento prévio, isto é, aquando do *upload* desses documentos²³⁰. Contudo, tal entendimento tinha por base o disposto na Portaria n.º 701-G/2008, que não traçava uma distinção entre os termos ficheiro (enquanto

²²⁸ Sobre as garantias conferidas pela assinatura eletrónica qualificada, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 440-441.

²²⁹ Disposição que transpõe o artigo 29.º da Diretiva n.º 2014/23/UE, o artigo 22.º e o anexo IV da Diretiva n.º 2014/24/UE e o artigo 40.º e o anexo V da Diretiva n.º 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

²³⁰ Cf. Acórdão do TCAS, de 19/05/2016, proc. n.º 13093/16 (Catarina Jarmela), no qual se considerou que «os documentos que instruem a proposta podem ser carregados de forma progressiva na plataforma eletrónica, sem necessidade de prévia encriptação e assinatura eletrónica, o que significa que a assinatura apenas tem lugar aquando da submissão da proposta e que não é obrigatória a encriptação e assinatura dos documentos antes do carregamento». O mesmo entendimento foi proferido, a propósito da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, no acórdão do TCAS, de 05/04/2018, proc. n.º 420/17.1BECTB (Ana Celeste Carvalho).

realidade exterior, espécie de involucro eletrónico dos documentos) e documento (o conteúdo do ficheiro), utilizando ambos de forma indiferenciada.

Ora, ainda que a Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, que revogou aquela Portaria, use ambos os termos de forma indiferenciada, o artigo 68.º parece pressupor a existência de duas modalidades distintas de carregamento dos ficheiros na plataforma eletrónica, do seguinte modo: 1) quando o interessado realiza o carregamento na plataforma eletrónica de um ficheiro ou de uma proposta, este deve estar já encriptado e assinado, com recurso a assinatura eletrónica qualificada (cf. n.º 4 daquele artigo); 2) quando os ficheiros das propostas são carregados de forma progressiva na plataforma, permitindo a permanente alteração dos documentos (i.e. a substituição ou eliminação desses documentos, mas não a sua edição, cf. n.º 15 do artigo 68.º) até ao momento da submissão (cf. n.º 5 do artigo 68.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto).

Por outro lado, o artigo 70.º, n.º 2 prevê que, nos casos referidos no n.º 5 do artigo 68.º, o momento da submissão desencadeia o processo de encriptação de todos os ficheiros que compõem a proposta, prevendo, por sua vez, o n.º 1 do artigo 69.º que os documentos que constituem a proposta ou candidatura são encriptados, sendo-lhes aposta assinaturas eletrónicas qualificadas. Desta forma, cremos estar pacificada a questão relativa ao momento em que as propostas devem ser assinadas. Sempre que se trate de um ficheiro, este já deve estar assinado no momento da submissão; tratando-se de uma multiplicidade de ficheiros, não é exigível que os mesmos estejam previamente assinados, ocorrendo a respetiva encriptação e aposição de assinaturas eletrónicas qualificadas aquando do momento da submissão na plataforma eletrónica²³¹.

²³¹ Neste sentido, o acórdão do TCAS, de 05/04/2018, proc. n.º 420/17.1.BECTB (Ana Celeste Carvalho), entendeu que o artigo 68.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, prevê duas modalidades de submissão de propostas, e que no caso em apreço, uma vez que o concorrente não tinha assinado eletronicamente os ficheiros antes do carregamento, havia optado pela modalidade prevista no n.º 5 do artigo 68.º. Não obstante, no acórdão do TCAS, de 28/06/2018, proc. n.º 278/17.0BECTB (Pedro Marchão Marques), entendeu-se que a não aposição de assinatura eletrónica qualificada previamente ao carregamento do ficheiro na plataforma constituía a «inobservância de uma formalidade essencial insuscetível de degradação em mera irregularidade», devendo, por conseguinte, a proposta ser excluída. Esta sentença acabou por ser revista pelo STA, a 06/12/2018, proc. n.º 0278/17.0BECTB (Fonseca da Paz), que considerou que, tendo-se provado que todos os ficheiros associados à proposta foram assinados através de um certificado de assinatura eletrónica e garantindo a plataforma a possibilidade de aferir se uma cópia eletrónica que dela tenha sido extraída corresponde ao documento original submetido pelo concorrente, o facto de os ficheiros não terem sido assinados na altura determinada pela lei, mas só em momento posterior, se degrada em formalidade não essencial (para uma análise mais detalhada deste acórdão, v. MADALENA PEREIRA MENDES, «Acórdão STA – 12/06/2018 – P. 0278/17.0BECTB», *Revista de Contratos Públicos*, n.º 20, 2019, pp. 157-158; DÉBORA MELO FERNANDES, «A não aposição de assinatura eletrónica nos documentos

Sobre este ponto importa ainda salientar que a assinatura eletrónica do documento, em momento prévio à sua submissão na plataforma, permitirá a consulta do seu certificado a todo o tempo no próprio documento eletrónico. Contudo, considerando que a assinatura eletrónica qualificada pode ser remetida juntamente com os próprios dados ou em separado, quando o documento é assinado no momento da submissão, esse resumo cifrado pode não ficar acessível a partir do próprio documento eletrónico submetido na plataforma. Mas tal não implica que o documento não tenha sido assinado e que a assinatura não possa ser confirmada através da informação disponível na plataforma. Pelo que se considera cumprida a exigência legal respeitante à assinatura eletrónica quando, ainda que não seja visível no próprio documento eletrónico, o concorrente tenha assinado cada documento através de um certificado qualificado de assinatura eletrónica no momento da sua submissão²³².

A este propósito é relevante a aplicação da teoria da degradação de formalidades essenciais em não essenciais. O princípio geral assenta no facto de que todas as formalidades legalmente prescritas devem ser consideradas essenciais; contudo, quando o objetivo ou interesse específico da norma é alcançado por outra via, seria ilógico invalidar o ato, ou excluir a proposta, como consequência da preterição de uma formalidade que, não obstante, foi preenchida. Nestes termos, a formalidade que, à partida, era essencial, degrada-se em formalidade não essencial, pois o fim ou interesse específico visado pela norma foi alcançado por outra via, conforme já tivemos oportunidade de analisar. Esta teoria, ainda que não seja isenta de críticas, corresponde a uma solução equilibrada que visa corrigir algumas consequências decorrentes de um excessivo formalismo.

No caso concreto da assinatura eletrónica da proposta, pressupondo que a lei exige que ela seja aposta antes do momento do carregamento dos documentos na plataforma, conforme parece exigir o artigo 68.º, n.º 4 da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, é necessário apurar se os objetivos ou interesses subjacentes a essa exigência formal são alcançados por outra via, designadamente, através da aposição de assinatura eletrónica qualificada em momento posterior ao carregamento da proposta, isto é, aquando da sua submissão na

da proposta antes do respetivo carregamento na plataforma: anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de dezembro de 2018 (proc. n.º 0278/17.0BECTB), *Revista de Direito Administrativo*, n.º 5, 2019, pp. 109-115).

²³² Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, «A assinatura eletrónica das propostas...», cit., pp. 90-91.

plataforma eletrónica, para se determinar se aquela formalidade essencial se degrada em formalidade não essencial²³³.

Como já tivemos oportunidade de indicar, a assinatura eletrónica das propostas cria três presunções, que correspondem aos fins ou interesses específicos que a mesma visa alcançar (função identificadora, função finalizadora ou confirmadora e função de inalterabilidade²³⁴). Por outras palavras, a assinatura eletrónica qualificada assegura que a proposta ou candidatura é da autoria do signatário, à qual se vincula, e que os seus termos não são alterados após a assinatura. Ainda que essa assinatura seja aposta somente no momento da submissão da proposta (portanto, cuja assinatura não é visível diretamente nos documentos), no caso das plataformas eletrónicas considera-se estarem reunidas as condições que permitem garantir o cumprimento daqueles fins ou interesses. Isto porque as plataformas eletrónicas estão obrigadas a manter os documentos no seu formato original, devidamente conservados, de forma que seja possível identificar o documento enviado, bem como a entidade e o utilizador que o enviou²³⁵, a que acresce o facto das plataformas eletrónicas registarem as tentativas com sucesso ou fracassadas de modificação de dados²³⁶, e garantir a existência de cópias de segurança protegidas contra modificações com recurso a mecanismos de assinatura digital²³⁷.

As plataformas eletrónicas constituem infraestruturas tecnológicas que permitem, entre outras funções, garantir a inalterabilidade das propostas, bem como a sua autenticidade e a identidade do seu autor, possibilitando que os documentos que constituem a proposta sejam removidos ou substituídos a todo o tempo e até ao momento da sua submissão. São estas características únicas das plataformas eletrónicas e da assinatura eletrónica qualificada que permitem garantir que os fins visados pela norma que prevê que as propostas e os documentos que a constituem devem ser assinados (em momento prévio à submissão) são alcançados por outra via. Tanto que acompanhamos o entendimento de LUÍS VERDE DE SOUSA, na medida em que a Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, devia ser alterada de forma a acomodar somente uma modalidade de carregamento dos documentos na plataforma eletrónica e que a assinatura do concorrente seja aposta

²³³ Cf. DÉBORA MELO FERNANDES, «A não aposição de assinatura eletrónica...», cit., pp. 113-115.

²³⁴ Cf. Acórdão do STA, de 03/12/2015, proc. n.º 01028/15 (Maria Benedita Urbano), ainda que por referência ao artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto.

²³⁵ Cf. artigo 31.º, n.ºs 2 e 3, alínea c) da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto.

²³⁶ Cf. artigo 50.º, n.º 2, alínea h) da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto.

²³⁷ Cf. artigo 52.º, n.º 4 da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto.

aquando da sua submissão²³⁸. Tal permitira pôr termo a um foco de litígio, mas também cessar o recurso à teoria da degradação das formalidades nesta matéria.

Caso diferente é o que acontece quando a proposta é enviada à entidade adjudicante por email, enquanto meio de transmissão eletrónica de dados alternativo; neste caso, a proposta e todos os documentos que a constituem devem se assinados previamente ao seu envio, sob pena de ser excluída.

É possível identificar algumas situações mais corriqueiras, como seja o recurso a um tipo de assinatura que não o legalmente exigido, a omissão de assinatura do representante legal do operador económico ou de um dos membros do agrupamento, e a aposição não individualizada da assinatura eletrónica por cada documento que constitui a candidatura ou proposta. Vejamos cada um deles.

9.1 A utilização de um tipo de assinatura que não o legalmente exigido

Não são raros os casos em que o proponente apresenta uma proposta ou candidatura assinada, mas essa assinatura não é adequada, quer seja nos termos da lei, quer nas normas de vinculação dos operadores económicos participantes.

A este propósito, importa ter presente que a assinatura eletrónica pode comportar três níveis de segurança – reduzido (digital), intermédio (avançado) e elevado (qualificado) – exigindo-se a aposição de assinatura eletrónica qualificada nos documentos que sejam submetidos através de plataformas eletrónicas. Casos há em que se verifica a “imperfeição” da assinatura, i.e., em que a assinatura eletrónica aposta nos documentos que constituem a proposta não corresponde à que é legalmente exigida²³⁹, sendo liminarmente excluídas as candidaturas e propostas nessas circunstâncias.

²³⁸ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, «A assinatura eletrónica das propostas...», cit., p. 102. Neste ponto importa salientar que a Proposta de Lei n.º 41/XIV/1, que se materializou mais tarde na Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, propunha a introdução de um novo n.º 6 do artigo 57.º, que previa que «quando a proposta ou quaisquer documentos que a constituam devam ser apresentados com aposição de assinatura eletrónica qualificada, nos termos do disposto no artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, pode a falta de assinatura ser suprida, no prazo máximo de quarenta e oito horas a contar da notificação pelo júri, através de instrumento de ratificação limitado à proposta e documentos já submetidos e desde que o ratificante tenha plenos poderes de representação para o efeito». A proposta de alteração não avançou, e bem, pois na verdade não resolvia o problema – que deve ser atacado em sede da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto – e iria complexificar ainda mais o mesmo, criando um novo mecanismo de regularização de propostas.

²³⁹ Nos termos do artigo 54.º, n.º 1 da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, os documentos submetidos na plataforma eletrónica devem ser assinados com recurso a assinatura eletrónica qualificada.

Pela nossa parte, entendemos que a utilização de outro tipo de assinatura que não aquele legalmente exigido, não deveria gerar inevitavelmente a exclusão da proposta, à luz dos princípios da proporcionalidade, do favor do procedimento e do interesse público a prosseguir²⁴⁰. Nas situações em que seja utilizada outra assinatura que não a qualificada, a exclusão liminar da proposta parece-nos desproporcionada, pelo que defendemos que se impõe uma alteração legislativa no sentido de se exigir a aposição de assinatura eletrónica, sem mais, e deixar para cada caso, por via do programa do procedimento ou convite, a fixação do nível de segurança²⁴¹.

9.2 A omissão de assinatura ou de documento habilitante

Neste subcapítulo propomo-nos abordar situações em que se verifica a falta de assinatura do representante legal do operador económico que apresenta a candidatura ou proposta, mas também aqueles casos em que a participação no procedimento de contratação pública é feita sob a forma de agrupamento e está omissa a assinatura de um dos membros do agrupamento concorrente.

Antes de mais, importa referir que no processo legislativo que deu lugar à Lei n.º 30/2021, de 21 de março, a Proposta de Lei n.º 41/XIV/1 previa que «quando a proposta ou quaisquer documentos que a constituam devam ser apresentados com aposição de assinatura eletrónica qualificada, nos termos do disposto no artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, pode a falta de tal assinatura ser suprida, no prazo máximo de quarenta e oito horas a contar da notificação pelo júri, através de instrumento de ratificação limitado à proposta e documentos já submetidos e desde que o ratificante tenha plenos poderes de representação para o efeito». Contudo, o legislador acabou por optar pela impossibilidade de suprimento da falta de assinatura eletrónica qualificada, não figurando da atual redação do artigo 57.º do CCP qualquer menção a essa possibilidade. Por outras palavras, o legislador não quis que a falta de assinatura eletrónica fosse considerada como uma formalidade não essencial ou que, a ser tida como uma formalidade essencial, pudesse ser degradada em não essencial.

²⁴⁰ Cf. VERA EIRÓ, «Quem não sabe assinar não pode participar?», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 108, 2014, p. 42.

²⁴¹ Cf. SANDRA TAVARES MAGALHÃES, «A assinatura electrónica e a exclusão de propostas», in NUNO CUNHA RODRIGUES (COORD.), *Direito Internacional e Europeu da Contratação Pública*, Lisboa, 2017, p. 191.

Posto isto, parece-nos relativamente fácil de resolver os casos em que das propostas e candidaturas não conste assinatura que vincule e obrigue o operador económico. O próprio Código dá-nos a resposta, prevendo a exclusão das propostas cujos documentos que as constituem não estejam assinados pelo concorrente ou representante que tenha poderes para o obrigar²⁴² ou, tratando-se de um agrupamento concorrente, que não estejam assinados pelo representante comum de todos os seus membros ou, não havendo representante comum, por cada um dos membros que constituem o agrupamento ou seus respetivos representantes²⁴³. Não acompanhamos o entendimento de alguns autores²⁴⁴ que defendem que a falta de assinatura de um dos membros do agrupamento, ou aqueles casos em que a falta de assinatura deve a um erro do concorrente, é justificação bastante para se fazer uso do instrumento de sanção de irregularidades para, por essa via, regularizar a falta de assinatura. Nos casos em que é o próprio legislador que prevê a exclusão das propostas cujos documentos não estejam assinados pelo concorrente ou representante que tenha poderes para o obrigar²⁴⁵, entendemos que é o próprio legislador a conotar a assinatura como uma formalidade essencial, insuscetível de ser regularizada em momento posterior ao termo do prazo para a apresentação de propostas.

Contudo, não podemos deixar de reconhecer, para nossa insatisfação, que aquilo que defendemos é excessivamente formalista, fazendo prevalecer o princípio da legalidade aos princípios da proporcionalidade e do *favor participationis*, uma vez que nestes casos não se trataria de admitir uma alteração à proposta, mantendo-se imutável, simplesmente estar-se-ia a sanar uma irregularidade formal. Contudo, tratando-se de uma formalidade essencial, não é possível ser regularizada. Embora compreendamos que a postura do legislador seja no sentido de salvaguardar que a proposta assinada eletronicamente é vinculativa para o concorrente, identificando-o, e tornar aquela inalterável, não podemos deixar de questionar se o legislador nacional não terá ido longe demais ao exigir que todos os documentos que constituem a proposta seja assinados, excluindo-se as propostas

²⁴² Cf. artigo 146.º, n.º 2, alínea e) e artigo 57.º, n.º 4 do CCP.

²⁴³ Cf. artigo 146.º, n.º 2, alínea e) e artigo 57.º, n.º 5 do CCP.

²⁴⁴ Cf. VERA EIRÓ, «Quem não sabe assinar não pode participar?», cit., pp. 41-42.

²⁴⁵ Neste sentido, o acórdão do TCAN, de 25/11/2011, proc. n.º 02389/10.4BELSB (Carlos Luís Medeiros de Carvalho), e o acórdão do STA, de 08/03/2012, proc. n.º 01056/1132 (Costa Reis), pronunciaram-se no sentido de que os documentos da proposta devem ser assinados pelo concorrente ou pelo representante que tenha poderes para o obrigar, nos termos do artigo 57.º, n.º 1, alínea a) e n.ºs 4 e 5 do CCP, sendo causa de exclusão da proposta a sua omissão.

que não cumpram esse requisito²⁴⁶, uma vez que não vislumbramos de que modo poderá ser posta em causa a segurança, a confidencialidade e a integridade ou fidedignidade da proposta apresentada se se permitir ao concorrente sanar a irregularidade, através da assinatura posterior de um documento na qual estava omissa.

Situação diferente é aquela que se proporciona quando a assinatura aposta nos documentos não relaciona o assinante com a função e poder de assinatura. Nestes casos, deve a entidade interessada submeter à plataforma eletrónica um documento eletrónico oficial indicando o poder de representação e a assinatura do assinante²⁴⁷. Assim, quando a proposta seja assinada eletronicamente por terceiro sem ter junto o instrumento de representação a favor do assinante, aquela deverá ser excluída nos termos da alínea e) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP. Casos há em que a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos²⁴⁸ está assinada eletronicamente, mas a mesma não é suficiente, na medida em que dela não constam as assinaturas dos gerentes da sociedade concorrente, que a obrigam, mas a do procurador. Ainda que o procurador apresente a procuração que o habilita a praticar atos, como sejam a submissão de propostas em plataforma eletrónica, caso não lhe sejam conferidos poderes que, por si só, obriguem a sociedade, o facto da proposta vir assinada pelo procurador não se revela suficiente²⁴⁹. Este caso ilustra bem a necessidade de ponderar as consequências da falta de assinatura nas propostas, e o dever que recai sobre o júri de convidar o proponente a suprir essa irregularidade.

Ainda nesta sede, importa abordar aqueles casos em que se verifica a omissão do documento que permite aferir os poderes de representação do assinante, como sejam uma procuração ou certidão de registo comercial. Nestas circunstâncias, «o facto de um candidato não ter incorporado na plataforma originariamente documento eletrónico oficial apto a atestar a qualidade de quem assinou a sua proposta, não deve levar à exclusão da proposta se quem a assinou tinha poderes para representar e obrigar a

²⁴⁶ Neste ponto, não podemos deixar de salientar que os considerandos 53 a 57 e o artigo 22.º da Diretiva n.º 2014/24/UE não estabelecem que a falta de assinatura qualificada tenha de determinar a exclusão automática e imediata das propostas irregulares, pelo que nos perguntamos se o legislador nacional não terá ido longe demais.

²⁴⁷ Cf. artigo 54.º, n.º 7 da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto.

²⁴⁸ Conforme modelo que consta no Anexo I do CCP, e que constitui a proposta, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º ou da subalínea i) da alínea b) e alínea c) do n.º 3 do artigo 256.º-A, todos do CCP.

²⁴⁹ Cf. Acórdão do STA, de 04/09/2014, proc. n.º 040/14 (Madeira dos Santos), que entendeu que a procuração emitida – que conferia “os poderes necessários para representar a sociedade para efeitos de contratação eletrónica” destinava-se a atribuir ao procurador o “poder de apresentação e assinatura” –, cingia-se à função de submeter documentos na plataforma eletrónica, não conferia, por si, o poder de obrigar a sociedade, não cumprindo, dessa forma, com o dever imposto pelo n.º 4 do artigo 57.º do CCP.

concorrente»²⁵⁰. Em sentido contrário, o TCAN entendeu que «a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos tem de ser assinada pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para o obrigar, requisitos de exigência [que] se têm de aferir em contemporaneidade da assinatura, devendo a “função e poder de assinatura” evidenciar-se logo então e não “a posteriori”»²⁵¹. Ainda neste sentido, o mesmo Tribunal considerou que «a falta do documento, legalmente pedido, nos termos do estatuído no n.º 4 do artigo 57.º do Código dos Contratos Públicos – instrumento de mandato – não é uma mera formalidade, essencial ou não, é a falta de apresentação de um exigível documento de instrução da proposta cuja sanção é a proposta de exclusão pelo júri do procedimento», pelo que «estando em causa a falta de um documento de mandato, não podemos falar de uma irregularidade suprável mediante simples convite à regularização»²⁵².

Pela nossa parte, entendemos que a falta de documento que permita aferir dos poderes de representação do assinante não constitui um requisito de validade material e intrínseca da proposta, mas apenas uma exigência formal não essencial e, como tal, suscetível de ser sanada através do expediente previsto no n.º 3 do artigo 72.º do CCP. Porém, este nosso entendimento não é aplicável às situações em que participa no procedimento de formação do contrato um agrupamento. E isto porque o n.º 5 do artigo 57.º do CCP prevê expressamente que as propostas que sejam assinadas pelo representante comum dos membros do agrupamento devem ser acompanhadas dos instrumentos de mandato emitidos por cada um dos seus membros. Neste caso específico, como é o próprio CCP a exigir que as propostas apresentadas por um agrupamento sejam acompanhadas do título que habilita o seu representante comum, na falta desse documento a proposta deve ser liminarmente excluída, por estamos perante uma irregularidade material que não é suscetível de ser sanada pelo expediente previsto no artigo 72.º.

De resto, caso se verifique que a assinatura que consta nos documentos da proposta não obriga o operador económico, tal irregularidade não é suprável, porquanto estamos perante uma causa de exclusão material, expressamente prevista no Código²⁵³.

²⁵⁰ Cf. Acórdão do TCAN, de 20/10/2017, proc. n.º 00206/17.3BEPRT (Frederico Macedo Branco).

²⁵¹ Cf. Acórdão do TCAN, de 26/01/2018, proc. n.º 00280/17.2BEVIS (Luís Migueis Garcia).

²⁵² Cf. Acórdão do TCAN, de 16/09/2011, proc. n.º 00102/11.8BEPRT (Ana Paula Portela).

²⁵³ Cf. artigo 146.º, n.º 2, alínea e) do CCP.

Reforcemos que, relativamente às situações em que o concorrente é um agrupamento²⁵⁴, os documentos que constituem a proposta²⁵⁵ devem ser assinados pelo representante comum dos membros que o integram, devendo ser juntos à proposta os instrumentos de mandato emitidos por cada um dos seus membros. Não existindo representante comum, os documentos da proposta devem ser assinados por todos os membros do agrupamento ou seus representantes²⁵⁶, devendo ser excluída caso se verifique a omissão de alguma assinatura num dos documentos exigidos pelo bloco de legalidade que preveja como consequência para essa irregularidade a exclusão. Reafirmamos, sobre este ponto, aquilo que já defendemos supra, de não nos revermos numa postura excessivamente formalista, mas que neste caso concreto não é possível outra alternativa considerando que é o próprio legislador que assim o impõe.

9.3 A assinatura não individualizada por documento

Os documentos submetidos na plataforma eletrónica pelas entidades adjudicantes e pelos operadores económicos devem ser assinados com recurso a assinatura eletrónica qualificada²⁵⁷, devendo essa assinatura ser aposta individualmente por documento.

Embora o artigo 54.º, n.º 1 da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, não preveja expressamente que a aposição de assinatura eletrónica deve ser feita de forma individualizada em cada documento, convidando a interpretações díspares, o n.º 5 daquele artigo parece eliminar quaisquer dúvidas no que diz respeito à exigência dessa assinatura individualizada, prevendo que os documentos eletrónicos cujo conteúdo não seja suscetível de representação como declaração escrita, incluindo os que exijam processamento informático para serem convertidos em representação como declaração escrita, designadamente, processos de compressão, descompressão, agregação e desagregação, a aposição de uma assinatura eletrónica qualificada deve ocorrer em cada um dos documentos eletrónicos que os constituem, assegurando-lhes dessa forma a força probatória de documento particular assinado.

²⁵⁴ Cf. artigo 54.º do CCP, cujo n.º 1 prevê expressamente que podem ser candidatos ou concorrentes agrupamentos de pessoas singulares ou coletivas, independentemente da atividade que exerçam, sem que entre elas exista qualquer modalidade jurídica de associação.

²⁵⁵ Todos os documentos que constituem o n.º 1 do artigo 57.º do CCP.

²⁵⁶ Cf. artigo 57.º, n.º 5 do CCP.

²⁵⁷ Cf. artigo 54.º, n.º 1 da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto.

Ora, acontece que não foram poucos os casos em que se verificaram vícios na submissão das propostas com recurso a pastas compactadas com múltiplos documentos sem que cada um desses documentos estivesse individualmente assinado, tendo-se debatido a possibilidade de ser suficiente a assinatura de um ficheiro que contivessem o conjunto desses documentos. Para a análise deste tópico são «determinantes os valores da segurança jurídica, da autenticidade e fidedignidade da documentação apresentada (em particular, o conteúdo dos referidos ficheiros), tendo-se concluído que a segurança jurídica fica comprometida ao não serem assinados documentos individualmente, ainda que com recurso a uma assinatura eletrónica qualificada»²⁵⁸.

Acompanhamos o entendimento generalizado da jurisprudência no que diz respeito à assinatura de pastas compactadas (*zip*) sem que os documentos nelas inseridos estejam individualmente assinados²⁵⁹. Já nos parece mais rebuscado estender esse entendimento às situações em que esteja em causa o recurso a ficheiros sob a forma de *PDF (Portable Documento Format)* quando agreguem diversos documentos²⁶⁰.

Embora tenha constituído jurisprudência uniforme do STA que devem ser assinados eletronicamente cada um dos documentos que constituem e integram a proposta, sob pena de exclusão, não bastando a assinatura do ficheiro ou pasta que os contém²⁶¹, parece-nos excessivo exigir a assinatura de cada documento que constitui um ficheiro PDF. Isto porque a assinatura digital de um PDF, ainda que englobando vários documentos, implica

²⁵⁸ Cit. SARA AUGUSTO DE MATOS, «Suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a questão das assinaturas electrónicas, em especial», in MIGUEL ASSIS RAIMUNDO (COORD.), *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (16-17 de maio de 2019, FDUL) – Actas da Conferência*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 62.

²⁵⁹ Cf. Acórdão do STA, de 30/01/2013, proc. n.º 01123/12 (Alberto Augusto Oliveira), decidiu que a mera apresentação de três pastas zipadas, cada uma contendo documentos, tendo o concorrente procedido à assinatura digital de cada uma das pastas, não respeita a exigência de envio sob assinatura eletrónica qualificada de todos os documentos do concurso, tendo-se concluído que o júri não pode legalmente pedir qualquer esclarecimento, devendo a proposta ser liminarmente excluída.

²⁶⁰ Cf. Acórdão do TCAS, de 15/02/2018, proc. n.º 322/16.9BEFUN (Paulo Pereira Gouveia), e confirmado pelo acórdão do STA, de 27/09/2018, proc. n.º 0322/16.9BEFUN 0464/18 (Fonseca da Paz). O STA cria a expectativa de que haveria uma inversão da decisão, contudo tal não veio a acontecer. Ainda que tenha admitido que a questão tratada no “caso zip” não era idêntica, pois a mera assinatura eletrónica de pastas “zipadas” não se podia confundir com a assinatura de um ficheiro informático em formato PDF, do qual constavam vários documentos da proposta, vem depois afirmar que «sempre que sejam agregados vários documentos num único ficheiro deve ser aposta em cada um deles a assinatura, visto não haver razões que justifiquem um regime diferente para os documentos apresentados em ficheiro com formato ZIP em relação aos documentos apresentados noutra tipo de ficheiro, como sucede quando o ficheiro PDF assume a natureza da pasta onde se agrupam vários documentos autónomos, não correspondendo a um único documento electrónico». Desta forma se concluiria que o modo de assinatura previsto no artigo 54.º, n.º 1 da Lei n.º 96/2015, constitui uma formalidade essencial, tanto quanto ao seu tipo, como no que diz respeito à sua aposição individualizada.

²⁶¹ Cf. Acórdão do STA, de 25/11/2021, proc. n.º 0210/18.4BELLE (Suzana Tavares da Silva).

a assinatura do ficheiro no seu todo, e não somente daquele determinado documento onde tenha sido aposta efetivamente a assinatura eletrónica.

Neste ponto acompanhamos o entendimento de LUÍS VERDE DE SOUSA, na medida em que a posição da jurisprudência assenta em dois equívocos: 1) um respeitante ao objeto da assinatura qualificada; e 2) outro referente às características técnicas e materiais da assinatura eletrónica qualificada²⁶². Quer isto dizer que a assinatura eletrónica qualificada incide necessariamente sobre um documento eletrónico, ainda que em formato PDF e englobando vários documentos, só podendo ser verificada a sua autenticidade por meio de computador. Não é possível verificar uma assinatura eletrónica qualificada através da impressão desse mesmo documento, uma vez que «a partir do momento em que ocorre uma impressão em papel de um documento eletrónico com assinatura eletrónica aposta, a assinatura eletrónica deixa de ser verificável de modo que pode afirmar-se que, uma vez impresso, o documento eletrónico deixa de estar assinado»²⁶³.

Ora, um ficheiro em formato PDF que contém vários documentos da proposta é um único documento eletrónico cujo conteúdo é suscetível de representação como declaração escrita. E o n.º 5 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, apenas se aplica a documentos eletrónicos cujo conteúdo não seja suscetível de representação como declaração escrita. Quer isto dizer que esta disposição somente é aplicável aos ficheiros em formato PDF que contenham documentos cujo conteúdo não se encontra expresso em caracteres alfanuméricos sobre um suporte informático que permita a sua leitura.

Por sua vez, a assinatura eletrónica que seja aposta no ficheiro em formato PDF que contenha vários documentos vale para todo o conteúdo do documento, e não somente para o documento no qual esteja visível e seja possível verificar a validade e aceder ao respetivo certificado. Afirmar o contrário é negar as particulares características técnicas e materiais da assinatura eletrónica qualificada, que consubstancia uma tecnologia informática que cria um resumo cifrado de todos os dados constantes do documento eletrónico que se pretende assinar, ainda que constituído por várias declarações dotadas de autonomia. Aliás, exigir-se tantas assinaturas eletrónicas quantas as declarações que

²⁶² Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, «A assinatura eletrónica...», cit, p. 60.

²⁶³ Cit. LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *O Valor Probatório do Documento Eletrónico no Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2017, p. 42.

constituem o documento eletrónico apresenta-se como tecnicamente ilógico, pois estar-se-ia a criar sucessivos resumos cifrados dos mesmos dados. De resto, estaríamos a exigir que uma assinatura eletrónica qualificada se comportasse como uma assinatura autógrafa, comportamento que se pretende afastar com a contratação pública eletrónica.

Nesta senda, LUÍS VERDE DE SOUSA entende que a exclusão de uma proposta com fundamento no facto de se ter apresentado um ficheiro em formato PDF com vários documentos da proposta apenas fará sentido se existir uma disposição no programa do procedimento ou convite, ao abrigo dos poderes de autorregulação do procedimento da entidade adjudicante²⁶⁴, que obrigue o concorrente a fazer corresponder cada um dos documentos da proposta a um ficheiro ou documento eletrónico autónomo²⁶⁵.

Em sentido contrário, e amparada pela jurisprudência, SARA AUGUSTO DE MATOS entende que o n.º 5 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015 consagra «de forma expressa o dever de se proceder à assinatura individualizada dos documentos da proposta “sob pena de causa de exclusão da proposta nos termos do artigo 146.º do Código dos Contratos Públicos”, afastando qualquer poder discricionário de avaliação da essencialidade ou não do incumprimento»²⁶⁶.

A este propósito, e em jeito de conclusão, não podemos deixar de assinalar o já referenciado acórdão uniformizador de jurisprudência sobre esta matéria, que sumariamente equipara o tratamento jurídico dado ao PDF único ao tratamento jurídico dado ao ficheiro ZIP, sufragando a ideia de que a submissão de uma proposta por via de um ficheiro em formato PDF assinado digitalmente, que agrupa vários documentos autónomos não assinados eletronicamente, não cumpre a exigência da assinatura individualizada de cada documento. Ainda que se afirme nesse acórdão que o PDF permite atualmente «a dita assinatura digital qualificada que abrange a totalidade do conteúdo do ficheiro e que produz um fluxo informativo de metadados que assegura a sua não corrupção e integridade»²⁶⁷.

²⁶⁴ Nos termos do artigo 146.º, n.º 2, alínea n) do CCP, conjugado com o n.º 4 do artigo 132.º do mesmo diploma.

²⁶⁵ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, «A assinatura eletrónica...», cit., p. 67.

²⁶⁶ Cit. SARA AUGUSTO DE MATOS, «Suprimento de irregularidades...», cit., p. 64.

²⁶⁷ Cit. Acórdão do STA de 25/11/2021, proc. n.º 0210/18.4BELLE (Suzana Tavares da Silva), n.º 3.2.4. Sobre este acórdão vale a pena ler o voto de vencido do Conselheiro Carlos Carvalho, que afirma que «o legislador, conhecedor e sabedor das muitas questões objeto de dissídio em matéria de assinatura das propostas e dos documentos que as instruem, apenas previu e disciplinou a exigência de assinatura quanto

9.4 A assinatura de documentos por terceiros

Relativamente à assinatura eletrónica de documentos emitidos por entidades terceiras competentes para a sua emissão, como sejam certidões, certificados ou atestados, eles devem ser assinados com recurso a certificados qualificados de assinatura eletrónica das entidades competentes ou dos seus titulares, não carecendo de nova assinatura por parte das entidades adjudicantes ou do operador económico que os submeta²⁶⁸.

Quando se trate de documentos que sejam cópias eletrónicas de documentos físicos originais emitidos por entidades terceiras, estes podem ser assinados com recurso a certificados qualificados de assinatura eletrónica da entidade adjudicante ou do operador económico que o submete, atestando a sua conformidade com o documento original²⁶⁹. Tratando-se de uma faculdade e não de um dever, a pergunta que se impõe é a de saber se o documento deve considerar-se como não assinado quando o operador económico não aponha neles qualquer assinatura. Partilhamos do entendimento que a ausência de assinatura eletrónica nestes documentos não consubstancia a preterição da formalidade exigida, uma vez que a *ratio legis* do n.º 4 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015 é a de garantir que os mesmos estão conformes com os documentos originais, assistindo ao órgão competente para a decisão de contratar a possibilidade de solicitar a entrega desses originais²⁷⁰.

Deste modo, não constituindo o artigo 54.º, n.º 4 da Lei n.º 96/2015 uma exceção à regra prevista no n.º 1 desse artigo, que prevê a aposição de assinatura eletrónica qualificada em todos os documentos eletrónicos submetidos na plataforma, apresenta uma alternativa à aposição dessa assinatura pelo autor do documento emitido por terceiros.

a cada um dos documentos objeto de compressão/agregação em ficheiro/pasta “ZIP” e nada referiu quanto a ficheiros/documentos em formato “PDF”, especial e mormente “PDF” único contendo vários documentos». E continua afirmando que «ainda que o ficheiro/documento em formato “PDF” possa conter vários documentos o mesmo constitui um único documento eletrónico cujo conteúdo é suscetível de representação como declaração escrita, razão pela qual a previsão do n.º 5 do art. 54.º da Lei n.º 96/2015 não lhe é aplicável», pelo que «não seria necessário ao autor/signatário do documento apor diferentes assinaturas eletrónicas qualificadas num mesmo ficheiro/documento “PDF”, apenas por este conter diferentes documentos da proposta, já que tal constituiria e constituirá seguramente uma repetição e redundância de atos, sem qualquer conteúdo e sem qualquer efeito útil».

²⁶⁸ Cf. artigo 54.º, n.º 3 da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto.

²⁶⁹ Cf. artigo 54.º, n.º 4 da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto.

²⁷⁰ Cf. SANDRA TAVARES MAGALHÃES, «A assinatura eletrónica e a exclusão de propostas», cit., p. 185. A autora pondera ainda um paralelismo do artigo 54.º, n.º 4 da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, com o artigo 170.º, n.º 5 do CCP.

A propósito de documentos emitidos por terceiros, o STA já foi chamado a pronunciar-se sobre a junção de documentos eletrónicos emitidos por um terceiro (ASAE) que não continham qualquer assinatura eletrónica qualificada, ou mesmo uma assinatura autógrafa digitalizada, da entidade emissora ou do concorrente²⁷¹. O Tribunal entendeu que a proposta não poderia ser excluída, porquanto se tratava de uma situação em que a assinatura eletrónica qualificada do concorrente é dispensada, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto. De facto, seria manifestamente desproporcionada a exclusão do concorrente com base num incumprimento formal que não lhe podia ser imputável, mas a um terceiro.

De resto, a entidade adjudicante não pode, ao abrigo do n.º 4 do artigo 132.º do CCP, criar regras que já se encontrem previstas, designadamente em legislação complementar. Pelo que não poderá exigir que documentos emitidos por terceiros sejam apresentados noutros moldes que não aqueles que, neste caso, a Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, prevê.

10. Considerações finais

A expectativa gerada em torno do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, no sentido de resolver a necessidade de “válvulas de escape” enquanto mecanismo para salvar propostas irregulares, parece ter sido algo gorada com a aprovação daquele diploma. Se consideramos que a redação anterior do artigo 72.º do CCP não se apresentava como solução bastante atendendo à prática da contratação pública, o instrumento de esclarecimentos e suprimento de propostas que atualmente se oferece às entidades adjudicantes parece ter ficado bastante aquém do pretendido.

De facto, através da leitura e interpretação daquele artigo, rapidamente nos apercebemos que o impulso de flexibilização que moveu o legislador aquando da transposição das Diretivas de 2014, e que era reclamado pela doutrina menos formalista, para além de não ter resgatado a possibilidade de sanar a preterição de formalidades não essenciais conforme pretende dar nota o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, uma vez que o artigo 72.º, n.º 3 apresenta-se como um regime disruptivo face àquele que existia previamente à entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos,

²⁷¹ Cf. Acórdão do STA, de 24/07/2019, proc. n.º 01211/17.5BEAVR (José Veloso).

este limitou-se a prever aquilo que já era defensável em sede de jurisprudência europeia e nacional, não querendo arriscar-se a dar um passo maior do que a perna.

E, embora tenhamos consciência de que não é possível às entidades adjudicantes antecipar todos os condicionalismos inerentes à decisão de contratar, nem tão pouco prever como se desenrolará o procedimento pré-contratual, ou promover uma perfeita harmonia entre os concorrentes e as propostas, entendemos que a atual redação do artigo 72.º pouco oferece de verdadeiramente inovador face à panóplia de casos que são decididos judicialmente, o que por sua vez revela alguma rigidez do regime, que ainda assim e não raras vezes redundando na exclusão da melhor proposta.

No atual paradigma do Direito da Contratação Pública nacional, a apresentação de propostas irregulares pode ter os seguintes desfechos: 1) a retificação oficiosa quando a proposta tenha erros de escrita ou de cálculo; 2) o acionamento do subprocedimento de regularização para saneamento das irregularidades; 3) o aproveitamento quando as propostas enfermem de irregularidades que não carecem de suprimento – pois se a irregularidades formais são não essências, não haverá nada que careça de regularização – ; ou 4) a exclusão.

Os passos que devem ser dados quando as propostas estão a ser analisadas e se conclui que as mesmas enfermam de alguma irregularidade é, numa primeira fase, averiguar se o caderno de encargos ou o CCP preveem como consequência a respetiva exclusão. Caso a proposta deva ser excluída por uma regra que a entidade adjudicante, no âmbito da sua margem de discricionariedade, nos termos do artigo 132.º, n.º 4 do CCP, tenha incluído no programa do concurso ou convite (por exemplo, a apresentação de certificados de habilitações dos recursos humanos que constituem a equipa a afetar a um contrato de prestação de serviços, sob pena de exclusão), ou que o CCP disponha taxativamente nesse sentido (por exemplo, as propostas que não venham acompanhadas da declaração Anexo I), devem ser automaticamente excluídas. Estes casos não são suscetíveis de processo de regularização por via do artigo 72.º, n.º 3. Defender o contrário implicaria perverter as regras do procedimento e, conseqüentemente, violar o princípio da concorrência.

Depois de se determinar que a irregularidade da proposta não implica a sua exclusão automática, deve então o júri do procedimento promover a respetiva regularização, ao

abrigo do disposto no artigo 72.º, n.º 3 do CCP. Aquilo que não nos parece defensável, é que esta disposição possa ser interpretada como uma regra imposta pelo júri a todo o custo, i.e., que possa servir para regularizar propostas que não são suscetíveis de serem regularizadas, quer seja porque o legislador previu a exclusão como consequência, seja porque a própria entidade adjudicante inseriu uma regra nesses termos nas peças do procedimento. No primeiro caso impera o princípio da legalidade, que vincula o júri a excluir as propostas viciadas, no segundo caso é o princípio da concorrência e a auto vinculação que obriga a entidade adjudicante a comportar-se de acordo com as regras que ela própria definiu²⁷², não podendo haver margem para decisões arbitrárias.

Contudo, não fechamos a porta à discussão sobre a possibilidade de no futuro o legislador prever um regime de sanção de irregularidades nas candidaturas e propostas verdadeiramente flexível, através do qual seja não só possível suprir as irregularidades formais, mas também certas irregularidades materiais ou mesmo orgânicas. Por falhas materiais pense-se naquelas que são reportadas a falhas e deficiências do conteúdo da proposta, como sejam deficiências no plano de trabalhos de uma empreitada²⁷³, ou a não indicação de preços parciais – contrariando o disposto no artigo 60.º, n.º 4 do CCP²⁷⁴. Já as falhas orgânicas podem abranger aspetos em matéria de impedimentos.

No que diz respeito à obrigação de aposição de assinatura eletrónica, cremos poder avançar com duas categorias de documentos cuja ausência de assinatura não determina, excecionalmente, a exclusão da proposta, a saber: 1) os documentos que o concorrente apresente voluntariamente e não façam parte do elenco de documentos exigidos pelo programa do procedimento ou convite; e 2) os documentos que contenham informação exigida pelas peças do procedimento e, não estando assinados eletronicamente, cuja informação figura noutros documentos que, por sua vez, estão assinados²⁷⁵.

Porém, não podemos deixar de questionar a bondade e utilidade para o interesse público, particularmente alicerçado no princípio da concorrência, pela preferência do

²⁷² Cf. Acórdão do TJUE, de 29/04/2004, *Comissão vs. CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, n.º 115.

²⁷³ Cf. Acórdão do STA, de 14/06/2018, proc. n.º 0395/18 (Maria Benedita Urbano), no qual se decidiu que as omissões ou incompletudes do plano de trabalhos não podem ser supridas pela via do pedido de esclarecimentos aos concorrentes.

²⁷⁴ Cf. Acórdão do STA, de 01/10/2015, proc. n.º 0856/15 (Teresa de Sousa), no qual se decidiu que a preterição da formalidade prevista no artigo 60.º, n.º 4 do CCP degrada-se numa mera irregularidade ou formalidade não essencial, desde que, comprovadamente, se consiga atingir a finalidade visada com a exigência de tal declaração pela análise da lista de preços unitários conjugada com o mapa de quantidades.

²⁷⁵ Cf. Acórdão do STA, de 12/05/2016, proc. n.º 0236/16 (Ana Paula Portela).

legislador nacional pela assinatura eletrónica qualificada, na medida em que essa preferência pode «constituir uma barreira desnecessária à participação na contratação pública eletrónica, especialmente quando, no plano transfronteiriço, nem todos os operadores económicos dispõem de ferramentas técnicas para o reconhecimento dos diferentes tipos de assinatura»²⁷⁶. Ainda para mais quando, independentemente do grau de segurança e fiabilidade que cada tipo de assinatura eletrónica proporciona, «todas se circunscrevem no mesmo espectro hermenêutico, pelo que, no atual quadro legal, a todas elas deveria ter sido expressamente conferido o mesmo estatuto jurídico de equivalência às assinaturas manuscritas que é atribuído às assinaturas eletrónicas qualificadas»²⁷⁷.

IV. CONCLUSÃO

O Direito da Contratação Pública depende de procedimentos formalizados de tipo burocrático, nos quais as formalidades, não sendo vazias nem gratuitas, se destinam a assegurar uma rigorosa igualdade entre os operadores económicos, assente num princípio da intangibilidade das regras do procedimento ao longo de toda a sua tramitação. Contudo, esse formalismo exacerbado não raras vezes origina a exclusão de candidaturas e propostas que são mais proveitosas para o interesse público, funcionando como um obstáculo a uma verdadeira concorrência que procura dar primazia à materialidade subjacente.

O formalismo no Direito da Contratação Pública visa retirar à entidade adjudicante, na figura do órgão competente para a decisão de contratar e do júri, a possibilidade de influir sobre o resultado do procedimento, procurando que a escolha da proposta adjudicada resulte da aplicação de regras predeterminadas na lei e nas peças do procedimento²⁷⁸, e não de preferências parciais ou de interpretações normativas nem sempre convergentes.

Comparativamente com o paradigma existente aquando da aprovação do Código dos Contratos Públicos, o atual regime de suprimento de candidaturas e propostas apresenta-

²⁷⁶ Cit. GABRIELLA M. RACCA, «The electronic award and execution of public procurement», *Ius Publicum Network Review*, Copyleft, p. 30, disponível em <http://www.ius-publicum.com>, acedido a 03/05/2022 (tradução nossa).

²⁷⁷ Cit. SANDRA TAVARES MAGALHÃES, «A assinatura electrónica e a exclusão de propostas», cit., p. 190.

²⁷⁸ Cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários ao Anteprojeto...*, cit., p. 48.

se como uma solução flexível e desburocratizada, designadamente a retificação oficiosa e os pedidos de esclarecimentos que podem ser solicitados pelo júri. Já o suprimento de formalidades não essenciais parece ter ficado aquém das expectativas, acabando por ter uma aplicação residual e, mesmo essa, algo questionável.

Consideramos que o formalismo exacerbado que continua a pautar o Direito da Contratação Pública se mantém, não obstante os impulsos bem-intencionados do legislador em 2017 – e mais recentemente em 2021²⁷⁹, ainda que não tenham tido quaisquer implicações em matéria de suprimento de formalidades –, e que a solução passa necessariamente pela derrogação de formalidades inúteis, e não pela introdução de um subprocedimento de suprimento de candidaturas e propostas que parece vir acrescentar ainda mais constrangimentos ao intérprete, e que conseqüentemente pode ter implicações na segurança jurídica e igualdade concorrencial.

²⁷⁹ Referimo-nos à Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que não só aprovou medidas especiais de contratação pública, mas também alterou o Código dos Contratos Públicos.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, João Amaral e; SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2016
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2011
- AYALA, Bernardo Diniz de, “A distinção entre formalidades essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 56, março-abril de 2006, pp. 18-31.
- AZEVEDO, Pedro Santos, “Acórdão TCAS - 16/03/2017, P. 590/16.6BESNT”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 16, março de 2018, pp. 187-189
- BRACONNIER, Stéphane, *Précis du droit de la commande publique. Marchés publics – Concessions*, Le Moniteur, 2019
- CABRAL, Margarida Olazabal, “O concurso público no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública*, de Pedro Costa Gonçalves (org.), Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 181-228
- , *O concurso público nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1999
- CALDEIRA, Marco, “Breves reflexões sobre a transposição das Directivas de Contratação Pública de 2014: Precisaremos de um novo Código dos Contratos Públicos?”, in *e-Pública*, Vol. II, n.º 2, julho de 2015, pp. 174-184
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier, “Why Manova is not Slovensko: a new balance between equal treatment of tenderers and competition?”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 4, 2015
- COELHO, David, “Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 18/01/2018, P. 0742/14”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 18, setembro de 2018, pp. 163-165
- CORREIA, Miguel Pupo, “Assinatura electrónica e certificação digital” (<https://livrozilla.com/doc/518400/assinatura-electr%C3%B3nica-e-certifica%C3%A7%C3%A3o-digital>)

- ECKERT, Gabriel, *Code de la Commande Publique*, 2e édition, Paris, Lexis Nexis, 2021
- EIRÓ, Vera, “Quem não sabe assinar não pode participar?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 108, 2014, pp. 31-42
- ESTORNINHO, Maria João, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2006
- , *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2006
- FERNANDES, Débora Melo, “A não aposição de assinatura eletrónica nos documentos da proposta antes do respetivo carregamento na plataforma: anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de dezembro de 2018 (proc. n.º 0278/17.0BECTB)”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 5, maio-agosto de 2019, pp. 109-115
- FREITAS, Lourenço Vilhena de, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, Lisboa, AAFDL, 2014
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021
- HAMER, Carina Risvig, “Requesting additional information - increase of flexibility and competition?”, in *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, de Grith Skovgaard Ølykke e Albert Sanchez-Graells, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 235-252
- LEITÃO, Alexandra. *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2014
- LETELLIER, Hervé; TIAR, Edith. “Offres irrégulières et offres anormalement basses: modifications réglementaires et premières solutions jurisprudentielles”, in *Contrats Publics*, n.º 180, Octobre de 2017, pp. 57-60
- MAGALHÃES, Sandra Tavares, “A assinatura electrónica e a exclusão de propostas”, in *Direito Internacional e Europeu da Contratação Pública*, de Nunho Cunha Rodrigues (coord.), Lisboa, 2017, pp. 180-193
- MATOS, Sara Younis Augusto de, “Suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a questão das assinaturas eletrónicas, em especial”, in *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (16-17 de Maio de 2019, FDUL) - Actas da*

- Conferência*, de Miguel Assis Raimundo (coord.), Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 57-82
- MENDES, Margarida Pereira, “Acórdão STA - 12/06/2018 - P. 0278/17.0BECTB”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 20, abril de 2019, pp. 157-158
- OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005
- OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, Volume I, Coimbra, Almedina, 1984
- OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra, Almedina, 2011
- OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública” in *Estudos de Contratação Pública*, de Pedro Costa Gonçalves (org.), Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 51-113
- OTERO, Paulo, *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à legalidade*, 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2011
- , “Intangibilidade das propostas em concurso público e erro de facto na formação da vontade: a omissão de elementos não variáveis na formulação de uma proposta”, in *O Direito*, 1999, pp. 91-105
- PAÇÃO, Jorge, “O suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a motivação do legislador e uma resenha sobre as suas origens no direito português dos contratos públicos”, in *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (16-17 de Maio de 2019, FDUL) - Actas da Conferência*, de Miguel Assis Raimundo (coord.), Lisboa, AAFDL, 2020 pp. 39-56
- , “O regime de suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas”, in *Revista de Contratos Públicos*, janeiro de 2020, pp. 27-61
- PATRÃO, Afonso, “Assinaturas Electrónicas, Documentos Electrónicos e Garantias Reais” in *Revista CEDOUA*, n.º 29, janeiro de 2012, pp. 45-81
- PERFETTI, Luca R., *Codice dei Contratti Pubblici Commentato*, II Edizione, Milano, Wolters Kluwer, 2017

- PETERSEN, Zsofia; TOLKACHOVA, Daria, “The dividing line between admissible clarification and inadmissible modifications of the terms of a tender: Antwerpse Bouwwerken NV v Commission”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 5, 2010
- RACCA, Prof. G. M. “The electronic award and execution of public procurement”, in *Ius Publicum Network Review*, Copyleft - Ius Publicum (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2229253)
- RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação dos contratos públicos: Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, AAFDL, 2013
- , *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2022
- RICHER, Laurent, “L'offre irrégulière et la jurisprudence depuis de la réforme de la commande publique”, in *Contrats Publics*, n.º 180, Octobre de 2017, pp. 52-56
- SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2021
- , *Direito da Contratação Pública*, Volume II, Lisboa, AAFDL, 2021
- SANCHEZ-GRAELLS, Albert, “A duty to ‘save’ seemingly non-compliant tenders for public contracts? Comments on Art 72 of the 2017 Portuguese Code of Public Contracts”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2, 2018, pp. 59-68
- SANDULLI, Maria Alessandra; NICTOLIS, Rosanna De, *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo II, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019
- SILVA, Jorge Andrade da, *Dicionário dos Contratos Públicos*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2018
- , *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, Porto, Athena, 1973
- , *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, Coimbra, Almedina, 1987
- SOUSA, Luís Filipe Pires de, *O Valor Probatório do Documento Eletrónico no Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2017
- SOUSA, Luís Verde de, “A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta”, in *Estudos de Contratação Pública*, de Pedro Costa Gonçalves (org.), Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 261-338

- , “Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas”, in *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira (coords.), 3.^a edição, Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 929-957
- , “Acórdão TJUE, 28/02/2018, P. Apensos C-523/16 e C-536/16”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 18, setembro de 2018, pp. 149-151
- , “A assinatura eletrónica das propostas: alguns problemas criados ou não resolvidos pela Lei n.º 96/2015”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 24, agosto de 2020, pp. 45-104
- , “Uma análise das causas de exclusão respeitantes a termos ou condições da proposta”, in *Revista de Direito Administrativo*, janeiro-abril de 2020, pp. 9-28
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 2007
- TAVARES, Gonçalo Guerra; DENTE, Nuno Monteiro, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2009
- TAVARES, Luís Valadares, *O Essencial sobre Contratos Públicos: as Diretivas de 2014 e o Decreto-Lei n.º 111-B/2017*, OPET, 2018

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal de Justiça da União Europeia²⁸⁰

Acórdão do TJUE, de 07/12/2000, *Telaustria*, proc. C-324/98

Acórdão do TJUE, de 29/04/2004, *Comissão vs. CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P

Acórdão do TJUE, de 29/03/2012, *Slovensko*, C-599/10

Acórdão do TJUE, de 10/10/2013, *Manova*, C-336/12

Acórdão do TJUE, de 06/11/2014, *Cartiera dell'Ada*, C-42/13

Acórdão do TJUE, de 07/04/2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14

Acórdão do TJUE, de 02/06/2016, *Pippo Pizzo*, C-27/15

Acórdão do TJUE, de 10/11/2016, *Ciclat*, C-199/15

Acórdão do TJUE, de 04/05/2017, *Esaprojekt*, C-387/14

Acórdão do TJUE, de 11/05/2017, *Archus e Gama*, C-131/16

Acórdão do TJUE, de 28/02/2018, *M.A.T.I. SUD*, C-523/16 e C-536/16

Acórdão do TJUE, de 02/05/2019, *Lavorgna*, C-309/18

Tribunal Geral da União Europeia

Acórdão do TG, de 10/12/2009, *Antwerpse Bouwwerken NV vs. Comissão*, T-195/08

²⁸⁰ Os acórdãos do TJUE e do TGUE podem ser consultados em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Supremo Tribunal Administrativo²⁸¹

Acórdão do STA, de 23/04/2003, proc. n.º 0348/03 (Costa Reis)

Acórdão do STA, de 08/03/2012, proc. n.º 01056/1132 (Costa Reis)

Acórdão do STA, de 30/01/2013, proc. n.º 01123/12 (Alberto Augusto Oliveira)

Acórdão do STA, de 20/06/2013, proc. n.º 0467/13 (Madeira dos Santos)

Acórdão do STA, de 09/04/2014, proc. n.º 040/14 (Madeira dos Santos)

Acórdão do STA de 07/05/2015, proc. 01355/14 (José Veloso)

Acórdão do STA, de 21/05/2015, proc. n.º 0236/15 (José Veloso)

Acórdão do STA, de 01/10/2015, proc. n.º 0856/15 (Teresa de Sousa)

Acórdão do STA, de 03/12/2015, proc. n.º 01028/15 (Maria Benedita Urbano)

Acórdão de STA, de 28/01/2016, proc. 01371/15 (Madeira do Santos)

Acórdão do STA, de 12/05/2016, proc. n.º 0236/16 (Ana Paula Portela)

Acórdão do STA, de 29/09/2016, proc. n.º 0867/16 (Costa Reis)

Acórdão do STA, de 18/01/2018, proc. n.º 0742/17 (José Veloso)

Acórdão do STA, de 14/06/2018, proc. n.º 0395/18 (Maria Benedita Urbano)

Acórdão do STA, de 27/09/2018, proc. n.º 0322/16.9BEFUN 0464/18 (Fonseca da Paz)

Acórdão do STA, de 06/12/2018, proc. n.º 0278/17.0BECTB (Fonseca da Paz)

Acórdão do STA, de 11/07/2019, proc. n.º 042/19.2BALSB (Maria Benedita Urbano)

Acórdão do STA, de 24/07/2019, proc. n.º 01211/17.5BEAVR (José Veloso)

Acórdão do STA, de 11/09/2019, proc. n.º 0829/18.3BEAVR (Ana Paula Portela)

²⁸¹ Todas as decisões referenciadas, sejam do STA, sejam dos Tribunais Centrais Administrativos, podem ser consultadas em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do STA, de 09/07/2020, proc. n.º 0357/18.7BEFUN (Adriano Cunha)

Acórdão do STA, de 24/09/2020, proc. 0329/19.4BELSB (Cristina Santos)

Acórdão do STA, de 22/04/2021, proc. n.º 076/20.4BEMDL (Ana Paula Portela)

Acórdão do STA, de 25/11/2021, proc. n.º 0210/18.4BELLE (Suzana Tavares da Silva)

Tribunal Central Administrativo do Norte

Acórdão do TCAN, de 16/09/2011, proc. n.º 00102/11.8BEPRT (Ana Paula Portela)

Acórdão do TCAN, de 25/11/2011, proc. n.º 02389/10.4BELSB (Carlos Luís Medeiros de Carvalho)

Acórdão do TCAN, de 06/12/13, proc. 02363/12.6BELSB (Carlos Luís Medeiros de Carvalho)

Acórdão do TCAN, de 11/02/2015, proc. n.º 00490//14.4BECBR (Esperança Mealha)

Acórdão do TCAN, de 05/06/2015, proc. n.º 00475/14.0BEVIS (Rogério Paulo da Costa Martins)

Acórdão do TCAN, de 20/10/2017, proc. n.º 00206/17.3BEPRT (Frederico Macedo Branco)

Acórdão do TCAN, de 26/01/2018, proc. n.º 00280/17.2BEVIS (Luís Migueis Garcia)

Acórdão do TCAN, de 03/04/2020, proc. n.º 01777/19.5BEPRT (Frederico Macedo Branco)

Acórdão do TCAN, de 18/12/2020, proc. n.º 02481/19.0BELSB (Rogério Paulo da Costa Martins)

Acórdão do TCAN, de 19/02/2021, proc. n.º 00731/20.9BELSB (Rogério Paulo da Costa Martins)

Acórdão do TCAN, de 20/05/2021, processo n.º 148/20.5BEFUN (Ana Celeste Carvalho)

Acórdão do TCAN, de 21/05/2021, proc. n.º 01960/20.0BEPRT (Paulo Ferreira de Magalhães)

Tribunal Central Administrativo do Sul

Acórdão do TCAS, de 19/05/2016, proc. n.º 13093/16 (Catarina Jarmela)

Acórdão do TCAS, de 16/03/2017, proc. n.º 590/16.6BESNT (Nuno Coutinho)

Acórdão do TCAS, de 15/02/2018, proc. n.º 322/16.9BEFUN (Paulo Pereira Gouveia)

Acórdão do TCAS, de 05/04/2018, proc. n.º 420/17.1BECTB (Ana Celeste Carvalho)

Acórdão do TCAS, de 28/06/2018, proc. n.º 278/17.0BECTB (Pedro Marchão Marques)

Acórdão do TCAS, de 19/06/2019, proc. n.º 48/18.9BEPDL (Pedro Marchão Marques)

Acórdão do TCAS, de 16/04/2020, proc. n.º 1528/16.6BELSB (Pedro Marchão Marques)

Acórdão do TCAS, de 10/12/2020, proc. n.º 700/20.9BELSB (Ana Celeste Carvalho)

Tribunal de Contas²⁸²

Acórdão n.º 44/2020 do TdC, de 02/11/2020, proc. n.º 2399/2020, 1.ª Secção – SS (Fernando Oliveira Silva)

Acórdão n.º 04/2022 do TdC, de 25/01/2022, proc. n.º 1446/2021, 1.ª Secção – PL (Sofia David)

Acórdão n.º 10/2022 do TdC, de 15/03/2022, proc. n.º 2440/2021, 1.ª Secção – SS (Miguel Pestana de Vasconcelos)

²⁸² Os acórdãos do Tribunal de Contas podem ser consultados em <https://tcjure.tcontas.pt/>.