

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

AS PARCERIAS PARA A INOVAÇÃO

CLÁUDIA MARGARIDA RAMOS TEIXEIRA

**Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica com especialidade em
Direito Administrativo e Administração Pública**

PROFESSOR ORIENTADOR:
DOMINGOS SOARES FARINHO

“As pessoas tendem a pensar que inovação é sinónimo de invenção, mas existe uma diferença: inventar é transformar dinheiro em ideias e inovar é transformar ideias em dinheiro.”

LARRY HIRST, Presidente da IBM Europa

*Aos meus pais,
ao Tiago e à Betinha,
por tudo.*

ÍNDICE

RESUMO:	5
PALAVRAS-CHAVE:	5
ABSTRACT:	6
KEY-WORDS:	6
CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO II – DIRETIVAS 2014: A CONTRATAÇÃO PÚBLICA PARA A INOVAÇÃO	9
1. Generalidades	9
2. As Diretivas	10
3. A Procura pela Inovação: O Novo Procedimento Pré-Contratual	16
3.1. 1ª fase: Investigação & Desenvolvimento	22
3.2. 2ª Fase: Contratual	24
CAPÍTULO III – AS FIGURAS AFINS	26
1. Enquadramento Jurídico	26
2. O Diálogo Concorrencial	27
3. O Procedimento De Negociação	31
4. Contratos Pré-Comerciais	33
CAPÍTULO IV - PARCERIAS PARA A INOVAÇÃO À LUZ DO CCP	36
1. Enquadramento Geral	36
2. Tramitação:	37
3. O estranho caso do artigo 301. -A do CCP	45
CAPÍTULO V- BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
1. Enquadramento	50
2. Salvaguarda de Princípios Basilares da Contratação Pública	50
3. Os Direitos de Propriedade Intelectual	52
4. A Modificação da Parceria	53
5. Adesão à Parceria para a Inovação	54
CONCLUSÕES:	56
BIBLIOGRAFIA:	61
DOCUMENTOS OFICIAIS:	63

RESUMO:

Com o presente estudo, pretende-se dar a conhecer a figura das Parcerias para a Inovação, um novo procedimento pré-contratual introduzido pela Diretiva 24/2014/UE e que vem dar resposta a um dos objetivos traçados na estratégia Europa 2020. Para este efeito será discutida a definição desta nova figura e a forma como irá ser aplicada.

O nosso trabalho iniciará com uma breve viagem à legislação europeia em matéria de contratação pública, nomeadamente, às alterações introduzidas pela Diretiva 2014. Analisaremos os pontos chave destas alterações, tentando perceber a evolução do pensamento do legislador europeu, nomeadamente, ao nível dos objetivos prosseguidos por cada uma das gerações de diretivas.

Feita a contextualização jurídica, entraremos no tema principal do nosso estudo, a parceria para a inovação, ainda do ponto de vista europeu, analisando o regime jurídico consagrado na diretiva, a técnica legislativa do legislador europeu e as finalidades das suas escolhas.

Apresentado o regime geral da parceria para a inovação, prosseguimos para a realidade portuguesa, para o enquadramento jurídico à luz do Código dos Contratos Públicos, dando a conhecer as figuras afins da parceria para a inovação já existentes, com particular incidência no diálogo concorrencial. Só então, entraremos no regime português da parceria analisando o articulado individualmente, sempre numa perspetiva de comparação com as figuras afins e levantando algumas questões no âmbito do seu regime ou no âmbito da sua aplicação, nomeadamente no que diz respeito à qualificação dos candidatos e da própria administração, ao princípio da proporcionalidade e a sua aplicação no âmbito da parceria, o número de candidatos quer para a fase pré-contratual, quer para a fase de execução do contrato, a posição de cada um dos concorrentes quando há mais do que um e por fim, de que forma o artigo 301.º -A do Código dos Contratos Públicos se articula com a parceria.

PALAVRAS-CHAVE:

Contratação Pública; Parceria para a inovação; Inovação; Diretiva 2014/24/UE; Código dos Contratos Públicos

ABSTRACT:

The aim of this study is to present the Public Innovation Partnerships, a new pre-contractual procedure introduced by Directive 24/2014 / EU, which responds to one of the objectives outlined in the Europe 2020 strategy.. For this purpose, the definition of this new figure and how it will be implemented will be discussed.

Our work will begin with a brief trip to European public procurement legislation, including the changes introduced by the 2014 Directive. We will analyze the key points of these amendments, trying to understand the evolution of the European legislator's thinking, namely, at the level of the objectives pursued by each generation of directives.

After the legal contextualization, we will enter the main theme of our study, the innovation partnership, introducing the European point of view, analyzing the legal regime established in the directive, the legislative technique of the European legislator and the purposes of its choices.

Presenting the general regime of the innovation partnership, we proceed to the portuguese reality, to the legal framework in the light of the Public Procurement Code, introducing the pre-existing similar figures of the innovation partnership, with a particular focus on the competitive dialogue. Only then will we enter in the Portuguese partnership regime by analysing the individual articles, always in a perspective of comparison with the related figures and raising some questions in the framework of their regime or in the scope of their application, in particular with regard to the qualification of candidates and the administration itself; the principle of proportionality and its application within the framework of the partnership; the number of candidates either for the pre-commercial, either for the comercial stage of the contract; the position of each competitor when there is more than one; and finally, how Article 301a of the Public Procurement Code is articulated with the partnership

KEY-WORDS:

Public Procurement; Innovation Partnership; Innovation; Directive 2014/24/EU; Public Procurement Code.

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

O presente estudo surge no âmbito da disciplina de Direito da Contratação Pública, e em particular dos procedimentos pré-contratuais por ela abordados. Em concreto, estudar-se-á o novo procedimento das Parcerias Para a Inovação introduzido pelas Diretivas 2014, as responsáveis pela alteração ao Código dos Contratos Públicos.

As políticas europeias relacionadas com a investigação sempre foram uma realidade, sem, no entanto, terem grande destaque ou desenvolvimento por parte dos Estados Membro.

Mais recentemente e por comparação com os nossos parceiros económicos, a União Europeia apercebeu-se de que políticas de investigação muito poderiam ajudar no avanço da economia europeia e como tal, foram desenvolvidas políticas de incentivo à investigação e ao desenvolvimento de novas ideias, novos serviços. A Europa começou a aperceber-se do impacto positivo que estas medidas traziam.

Sendo o setor da contratação pública um dos setores mais importantes no seio da economia europeia, seria de prever um maior investimento na integração de políticas de investigação e desenvolvimento. Contudo, não foi o que se verificou. Nas diretivas de 2004, as primeiras a legislar sobre matéria de contratação pública, as referências a medidas de inovação eram escassas, tendo apenas sido introduzido o procedimento do diálogo concorrencial.

As Diretivas de 2014 vêm dar o salto e o grande destaque da sua feitura vai para a introdução da inovação como pilar principal. Com os objetivos estabelecidos na estratégia 2020, a Europa é obrigada a agir, e é criada uma figura especialmente designada para a promoção da inovação e das políticas de investigação e desenvolvimento. Falamos da parceria para a inovação.

Ao longo do nosso trabalho iremos analisar a evolução legislativa do ponto de vista da inserção da inovação nas diretivas, olhando para a primeira geração de diretivas e perceber o que ela nos trouxe e posteriormente fazer a ponte com as novas diretivas e que alterações delas advieram. Se houve ou não um crescimento legislativo.

De seguida centraremos o nosso estudo na grande novidade introduzida pelas novas diretivas na ótica da inovação e analisaremos o regime nelas contido. As parcerias para a inovação surgem, assim, no contexto de uma era global, competitiva, em que o crescimento é tanto maior como a nossa capacidade para nos envolvermos e cooperarmos na criação de novas “ideias”.

Estas traduzem-se na implementação de um produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado, inexistente no mercado, com vista a modernizar a administração pública, através de uma melhoria da qualidade de determinados serviços ou de uma relação qualidade-preço mais eficiente. A inovação passa, assim, por descobrir novas e melhores formas de fazer algo.

Posteriormente deixamos para trás o normativo europeu e iniciaremos a nossa caminhada pelo regime contido no Código dos Contratos Públicos, após a reforma proveniente da transposição das diretivas. Aqui trataremos em primeiro lugar das figuras afins à parceria para a inovação, breve viagem pelo regime e destaque das suas principais características.

Finalmente, analisaremos as parcerias para a inovação com base no regime previsto no Código dos Contratos Públicos, estudando os diversos momentos em que a parceria se desenvolve, nomeadamente uma primeira fase, de seleção e de negociação, à qual se segue uma fase de desenvolvimento do projeto, culminado na fase de aquisição comercial dos produtos, serviços ou processos desenvolvidos.

Ao longo desta análise levantaremos questões que se afiguram pertinentes, seja para uma melhor compreensão do novo mecanismo, seja para uma melhor aplicação do seu regime e até para um aperfeiçoamento da legislação futura sobre esta matéria.

No final faremos uma breve análise de questões que permitem ao intérprete compreender um pouco melhor a natureza da parceria. Esta análise terá um forte cunho pessoal.

CAPÍTULO II – DIRETIVAS 2014: A CONTRATAÇÃO PÚBLICA PARA A INOVAÇÃO

1. Generalidades

Desde muito cedo que a União Europeia se preocupou em incutir políticas de investigação nos seus tratados. Se recuarmos até 1951, o ano de formação da CECA¹, já o Tratado de Paris continha normas de investigação². E assim continuou. Ao longo dos anos de desenvolvimento da União Europeia assistimos ao desenvolvimento de programas de investigação nas mais diversas áreas como a energia, o ambiente, a biotecnologia, as tecnologias de informação, as telecomunicações, a tecnologia industrial. Em 1986, com o Ato Único Europeu, a investigação passa a ser uma política comunitária formal, sendo o seu principal objetivo “*reforçar as bases científicas e tecnológicas da indústria europeia e favorecer o desenvolvimento da sua competitividade internacional*”³.

Já no ano de 2010, a União Europeia cria a “União da Inovação” caracterizada sobretudo pelas “mais de 30 medidas destinadas a melhorar as condições e o acesso ao financiamento para a investigação e a inovação na Europa”⁴.

Com a chegada da crise a economia europeia sofreu um grande impacto tendo sido reveladas as suas principais fragilidades o que conduziu a um retrocesso do ponto de vista económico e social. Como tal, tornou-se necessário reerguer a União Europeia da situação em que se encontrava e torná-la novamente competitiva a nível mundial.

¹Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, criada em 1951 com a assinatura do Tratado de Paris e tinha como objetivos organizar a livre circulação do carvão e do aço e o livre acesso às fontes de produção. Faziam parte dela seis países: a Alemanha, a Bélgica, a França, a Itália, o Luxemburgo e os Países Baixos.

²Veja-se o 4º§, do n.º 1 do artigo 50.º e o n.º 2 do artigo 55.º do Tratado de Paris que instituiu a CECA. (Documento disponível para consulta em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=PT>).

³Artigo 130.º F do Tratado da Comunidade Económica Europeia a que o Ato Único Europeu estabeleceu a criação de programas-quadro plurianuais adotados pelo Conselho por unanimidades.

⁴*Compreender as Políticas da União Europeia: Investigação e Inovação*, Comissão Europeia, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, União Europeia, 2014, p. 4, disponível em https://europa.eu/european-union/topics/research-innovation_pt.

De acordo com a informação disponível no site da Comissão Europeia, a *“estratégia Europa 2020 é a estratégia da UE para o crescimento e o emprego. Lançada em 2010 para um período de dez anos, tem como objetivo criar as condições para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. A UE definiu cinco objetivos principais a atingir até ao final de 2020 nos seguintes domínios: emprego, investigação e desenvolvimento, alterações climáticas/energia, educação e inclusão social e redução da pobreza. Os progressos no sentido da realização das metas da estratégia Europa 2020 são incentivados e acompanhados no contexto do Semestre Europeu, o ciclo anual de coordenação das políticas económicas e orçamentais da UE”*⁵.

A Estratégia Europa 2020 surge como resposta à necessidade de reestruturar a economia europeia e assenta essencialmente em três pilares: Crescimento Inteligente, Crescimento Sustentável e Crescimento Inclusivo. É com base nestes três pilares que nasce o objetivo responsável pela inclusão da Inovação na contratação pública e privada na União Europeia. Tratamos aqui do objetivo que dispõe que 3% do PIB da União Europeia deverá ser investido em Investigação e Desenvolvimento. Dá-se aqui a grande viragem no paradigma da contratação pública inovadora.

A inovação vem assumir um papel principal no palco das políticas da União Europeia que pretendem garantir a sua competitividade nos domínios da Investigação e Desenvolvimento.

2. As Diretivas

Nos dias que correm é exigido que os governantes sejam rigorosos na realização de despesa pública e audazes na procura de soluções inovadoras e sustentáveis para ultrapassarem as dificuldades que vão surgindo. Já de olhos postos nesta necessidade, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia ressaltaram a necessidade de modernizar as Diretivas de 2004 de forma a tornar a despesa pública mais eficiente⁶. Estas Diretivas não estão preparadas para prosseguir os novos objetivos propostos. Ora vejamos.

⁵ Informação disponível em: http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index_pt.htm

⁶ Considerando n.º2, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

As anteriores Diretivas que regiam a contratação pública dos Estados Membro datavam já de 2004 pelo que os objetivos por elas traçados já se encontravam ultrapassados. Com as mutações socioeconómicas que a Europa tem vindo a atravessar e com o surgimento de novas políticas europeias, que era necessário cumprir e pôr em funcionamento para melhorar o paradigma europeu, tornou-se necessário desenvolver políticas de atuação para os Estados Membro que fossem de encontro às novas realidades.

A legislação europeia de 2004 seguia uma linha virada particularmente para a concorrência e a igualdade de tratamento entre concorrentes. Logo no considerando n.º 2, o legislador estabelece que é exigido, no âmbito da celebração de contratos com entidades públicas, “(...) a aplicação de disposições em matéria de coordenação dos procedimentos nacionais para a adjudicação dos contratos públicos que se baseiam nas regras que regem essas três liberdades e nos princípios delas resultantes, tais como o princípio da igualdade de tratamento, de que o princípio da não discriminação não é mais do que uma expressão particular, e os princípios do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência, bem como na concorrência efetiva para a adjudicação dos contratos públicos”. Retira-se daqui uma ideia de que todo o processo de contratação, desde o seu início até à sua conclusão, pudesse sempre ser fiscalizado⁷.

Com a criação da estratégia “Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”, a contratação pública ganhou um papel crucial na economia europeia. Já consolidada no mercado, torna-se essencial explorá-la noutras vertentes.

O impacto mundial da crise financeira, tornou necessário desenvolver estratégias que permitissem evitar ou fazer frente a novas crises financeiras, numa altura em que a economia europeia ainda se tentava recuperar dos prejuízos sofridos. Este período “*anulou anos de progresso económico e social e expôs as fragilidades estruturais da economia europeia*”⁸.

⁷ Neste sentido cf. FARINHO, DOMINGOS SOARES, Contratação pública e inovação: uma reflexão lusófona a partir do caso português, in FONSECA, ISABEL CELESTE (ed.), Atas da II Conferência Internacional sobre Compras Públicas, Braga, Universidade do Minho, 2017, 2017, consultado online em https://www.academia.edu/35700439/Contratacao_publica_e_inovacao_uma_reflexao_lusofona_a_partir_do_caso_portugues, p.2.; e também VILLENEUVE-SMITH, FRANK e BLAKE, JULIA, The art of the possible in public procurement, London, Bates Wells Braithwaite, 2016.

⁸ COM(2010) 2020 final, Comunicação da Comissão, EUROPA 2020 - Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, versão em português, p. 5.

Nasce assim a Europa 2020 - Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo como um conjunto de prioridades que estabelecem os parâmetros da economia europeia para o século XXI. Uma destas prioridades prende-se com o desenvolvimento de uma economia baseada no conhecimento e na inovação representando aquilo a que chamaram um crescimento inteligente.

A contratação pública é assim vista como um meio para atingir um fim. Assume-se como um dos instrumentos de mercado que permitirá prosseguir o objetivo de criar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. Para além desta função, a contratação pública encarrega-se ainda de garantir que os fundos públicos têm uma utilização mais eficiente.

Assim, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia compreendendo as necessidades aqui inerentes, deliberaram e criaram três diretivas ligadas à contratação pública.

A Diretiva 2014/23/UE que trata dos contratos de concessões e que menos releva para o objeto do presente estudo.

A Diretiva 2014/24/UE⁹ que se aplica aos contratos públicos no geral e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. É nesta Diretiva que se centram as principais atribuições para a concretização dos objetivos da Europa 2020, nomeadamente no que se concerne ao requisito da inovação.

Por fim, a Diretiva 2014/25/UE com aplicação para a celebração de contratos públicos com as entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

As Diretivas 2014 têm assim um maior alcance, tendo como foco principal a inovação e a utilização dessa inovação para prossecução do interesse público e social.¹⁰

⁹ Sempre que nos referirmos à diretiva, ou diretiva 2014, temos sempre presente a Diretiva 2014/24/UE.

¹⁰ O Considerando 47 assim o diz: “A investigação e a inovação, nomeadamente a ecoinovação e a inovação social, são impulsionadores fundamentais do crescimento futuro e foram colocadas no centro da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. As autoridades públicas deverão fazer a melhor utilização estratégica da contratação pública para fomentar a inovação. A aquisição de produtos, obras e serviços inovadores desempenha um papel fundamental na melhoria da eficiência e da qualidade dos serviços públicos dando simultaneamente resposta aos grandes desafios societários. Contribui para a utilização mais rentável dos fundos públicos, bem como para maiores benefícios económicos, ambientais e societários no que respeita ao surgimento de novas ideias, à sua tradução em produtos e serviços inovadores e, consequentemente, à promoção de um crescimento económico sustentável.”

Tal como **Domingos Soares Farinho** escreve, “*do que se trata é afinal de algo da maior importância, quer para o setor público, quer para os setores lucrativo e social. Por um lado, trata-se de permitir que o setor público faça a contratação pública evoluir até ao seu estado ideal. O que a Constituição incumbe a Administração Pública de fazer é prosseguir o interesse público, no quadro de tarefas fundamentais do Estado*”.¹¹ Deve a Administração Pública prosseguir os seus objetivos através de qualquer um dos mecanismos, sejam eles os tradicionais que a administração já conhece, sejam mecanismos dados à inovação na criação das soluções pretendidas.

Mas as Diretivas vão mais longe. Não obstante de salientarem a inovação como objeto principal, criam uma política de incentivo à utilização de práticas de inovação pelas entidades adjudicantes. O considerando 48 assim o determina.¹²

O legislador leva-nos de encontro a uma contratação pública para a inovação¹³, onde se permite que a administração pública consiga através de “*privados aquilo a que estão obrigados a conseguir pelos seus meios quando optam por prossecução direta do interesse público, dando contudo, liberdade ao setor privado para propor soluções inovadoras*”¹⁴.

Muito se fala em inovação e por isso achamos necessário definir aqui o que entendemos por inovação.

No seio das compras públicas, a inovação resume-se à aquisição de serviços e/ou bens com características próprias que a administração pública desconhece, no seu todo ou em parte, aquando a abertura do procedimento de contratação¹⁵. Dentro desta definição cabe-nos fazer a distinção entre inovação incremental e inovação radical, ou seja, quando nos referimos à inovação como a obtenção de soluções inovadoras para a administração pública, que esta desconhece, mas já existentes no setor privado e que dão agora entrada

¹¹ FARINHO, DOMINGOS SOARES, Contratação pública e inovação: uma reflexão lusófona a partir do caso português, in FONSECA, ISABEL CELESTE (ed.), Atas da II Conferência Internacional sobre Compras Públicas, Braga, Universidade do Minho, 2017, 2017, consultado online em https://www.academia.edu/35700439/Contratacao_publica_e_inovacao_uma_reflexao_lusofona_a_partir_do_caso_portugues, p.2.

¹² Considerando 48: “*Devido à importância da inovação, as autoridades adjudicantes deverão ser incentivadas a autorizar tanto quanto possível as variantes*”.

¹³ PPI – *Public Procurement for Innovation*, EDQUIST, CHARLES et al. (ed.), Public Procurement for Innovation, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2015.

¹⁴ FARINHO, DOMINGOS SOARES, Contratação pública e inovação: uma reflexão lusófona a partir do caso português, *cit.*, p.3.

¹⁵ Neste sentido, Op. Cit., p. 4 e EDQUIST, CHARLES et al. (ed.), Public Procurement for Innovation, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2015, pp. 7 e ss.

no mercado, falamos de inovação incremental. Se por outro lado, a solução é desenvolvida pelas duas partes do procedimento e surge uma solução totalmente inovadora, aí falamos de inovação radical.

A diretiva 2014 traz consigo uma definição de inovação interessante e que vai de encontro à posição doutrinária que assumimos acima. Inovação é “*a implementação de um produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado (...) com o objetivo de ajudar a resolver os desafios societários ou de apoiar a Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*”¹⁶.

Esta definição merece a sua análise dividida entre o objeto e o objetivo da inovação. Repare-se que o objeto pode ser qualquer coisa desde que novo ou significativamente melhorado. Entendendo-se a expressão significativamente melhorado como algo que até já existe no mercado, mas que é de tal forma revitalizado que perde a sua identidade original e se apresenta como algo novo¹⁷. A nosso ver, esta foi a forma que o legislador consagrar a inovação incremental.

Diferente é o que o legislador dispõe quanto ao seu objetivo. Assistimos aqui a uma prossecução conjunta por um lado, da resolução dos desafios da sociedade e por outro dos pilares da Estratégia Europa 2020.

Através da formulação doutrinária de inovação, compreende-se então dois dos efeitos trazidos pelas Diretivas no que respeita à contratação. Se por um lado, temos uma contratação mais eficaz e que vai contratar os melhores resultados, aqueles que melhor satisfazem o interesse público, por outro temos um setor privado mais estimulado a participar no procedimento de compras públicas, seja pelo fator económico, seja pelo fator da qualificação da própria investigação e desenvolvimento.

Outra questão importante é o papel que o setor público e o setor privado devem desempenhar na contratação pública prossecutora da inovação¹⁸. Torna-se importante esclarecer que o setor público apenas deve controlar o aperfeiçoamento da solução pretendida, acompanhando todo o processo de criação e deixar as especificações técnicas

¹⁶ Artigo 2.º, número 1, ponto 22 da Diretiva 2014/24/UE.

¹⁷ Cf. neste sentido ARROWSMITH, S. The law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK, Londres, 2014, Thomson Reuters, 3ª edição, p.1051.

¹⁸ Este tipo de contratação leva-nos a outra questão: a estreita ligação entre a contratação pública para a inovação e a contratação por resultados que por ser um tema bastante extenso não iremos tratar aqui. Deixaremos apenas esta nota.

a cargo do setor privado, uma vez que será ele mais qualificado e permite-se o uso pleno das capacidades inovadoras. Mais ainda, a administração pública deve facilitar o processo burocrático de forma a atrair a procura dessa inovação.

Abre-se assim espaço à construção daquilo que para nós poderá ser visto como uma parceria público-privada, como veremos mais á frente.

Conseguimos visualizar assim a importância que o legislador quis dar à inovação e antever que algumas novidades surgiriam neste âmbito. Com as novas Diretivas, a União Europeia quis demonstrar que a concorrência só por si não é suficiente, mas quando aliada à inovação pode trazer novas melhorias¹⁹.

Não nos podemos esquecer que, embora este não fosse um dos focos principais da legislação de 2004, pois o principal objetivo foi garantir a concorrência no procedimento concursal, já nessa altura o legislador consagrou no seu texto algumas ideias ligadas à inovação, nomeadamente no que diz respeito aos procedimentos pré-contratuais.

Na sua maioria, os procedimentos pré-contratuais²⁰ são fortes limitadores da inovação, na medida em que a administração pública define, à priori, todos os critérios do procedimento, deixando pouco espaço de manobra para a inovação das entidades privadas. E no que respeita à solução, a entidade adjudicante já sabe o que procura e contrata exclusivamente para esse fim.

Com a criação do procedimento de negociação e o procedimento de diálogo concorrencial, deram-se os primeiros passos para a procura da inovação. Embora estes procedimentos, permitissem já uma certa abertura à inovação, esta tinha ainda algumas limitações.

¹⁹ A este propósito a Diretiva refere ainda que “*as autoridades adjudicantes não deverão poder, por conseguinte, constituir parcerias para a inovação para impedir, restringir ou falsear a concorrência; em certos casos, a criação de parcerias para a inovação com vários parceiros poderá contribuir para evitar tais efeitos.*”

²⁰ Referimo-nos aqui aos clássicos, ajuste direto e concurso público.

3. A Procura pela Inovação: O Novo Procedimento Pré-Contratual

Até recentemente, e de acordo com Marta Andrecka²¹, a aquisição de inovação poderia ser realizada por via de duas formas: através de um procedimento com duas etapas, compostas por um contrato pré-comercial onde é adjudicado um contrato de Investigação & Desenvolvimento (I&D)²², e de um processo de aquisição da solução inovadora já desenvolvida (obra, serviço, ou bem) em situação de mercado, ou ainda, através de um processo, no qual a contratação pré-comercial e comercial poderiam ser combinados num único procedimento, e a obra, serviço, ou bem, dependendo das circunstâncias previstas no contrato, adquirida através do procedimento de diálogo concorrencial ou para o procedimento concorrencial com negociação.

Só podemos realmente falar de um procedimento pré-contratual verdadeiramente criado com a finalidade de obter uma solução inovadora, nas Diretivas 2014, em concreto no procedimento das Parcerias para a Inovação. É com este novo mecanismo que se atinge o expoente máximo da prossecução da inovação na legislação europeia.

As Parcerias para a Inovação traduzem-se no desenvolvimento de uma solução inovadora que ainda não exista no mercado²³ e posterior aquisição da mesma. Esta solução pode ser uma obra, um produto ou um serviço.

O procedimento aqui em análise foi desenhado para quando a entidade adjudicante procura uma solução inovadora, não disponível no mercado e está disposta a contratar uma, ou mais entidades, para iniciarem uma investigação, a fim de encontrarem uma obra, um produto, ou um serviço, inovadores e desenvolverem esse mesmo produto. Este procedimento com aplicação do chamado método de Investigação e Desenvolvimento, requer disponibilidade de ambas as partes para estabelecerem uma parceria de longa duração.

²¹ ANDRECKA, MARTA, , Innovation Partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues? *Public Procurement Law Review*, n. ° 2, 2015, p. 19.

²² Relativamente a este tema *vide* Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, sobre “*Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa*”, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0799&from=PT>

²³ Nas duas vertentes da inovação: a incremental e a radical.

De acordo com o considerando 49.º da Diretiva 2014/24/EU, a criação deste procedimento visa “*permitir às autoridades adjudicantes instituir uma parceria para a inovação a longo prazo tendo em vista o desenvolvimento e posterior aquisição de produtos, serviços ou obras novos e inovadores, desde que estes produtos, serviços ou obras inovadores possam ser disponibilizados de acordo com níveis de desempenho e custos previamente acordados, sem haver necessidade de um procedimento de contratação separado para a aquisição*”, sempre e quando as soluções disponíveis no mercado não permitam o desenvolvimento necessário de um produto, serviço ou obra inovadores, nem a posterior aquisição dos fornecimentos, serviços ou obras daí resultantes.

Acrescenta ainda a necessidade de esta se basear em regras processuais aplicáveis ao procedimento concorrencial com negociação, da adjudicação dever atender à melhor relação qualidade/preço, com vista a facilitar a comparação das propostas de soluções inovadoras, tarefa certamente dificultada pela própria natureza das parcerias, e ainda de dever ser estruturada de forma a proporcionar a «procura do mercado» necessária, incentivando o desenvolvimento de uma solução inovadora sem excluir outros produtos do mercado, isto é, permitindo que as propostas reflitam uma diversidade de soluções técnicas, de modo promover a inovação e a não restringir a concorrência²⁴.

Afigura-se, deste modo, que as parcerias para a inovação visam dar resposta à necessidade de se combinar, num mesmo contrato, as fases de investigação & desenvolvimento já existentes, e de fornecimento/aquisição dos bens, serviços ou obras, consubstanciando um modelo de “parceria público-privada”²⁵.

Muito embora, a Diretiva apresente um artigo 31.º extenso e que se refere ao regime a aplicar, este não obteve uma composição muito feliz. Ao analisar o referido

²⁴ A este propósito a Diretiva refere ainda que “*as autoridades adjudicantes não deverão poder, por conseguinte, constituir parcerias para a inovação para impedir, restringir ou falsear a concorrência; em certos casos, a criação de parcerias para a inovação com vários parceiros poderá contribuir para evitar tais efeitos.*”

²⁵ O Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, que disciplina a intervenção do Estado na definição, concessão, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas e cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos, define no n.º 1 do artigo 2.º, para os efeitos daquele diploma, parceria público-privada como o “*contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado*”.

artigo depressa se constata que o que nos é apresentado é muito vago e representa uma das maiores dificuldades de aplicação deste novo procedimento.

Dissecando o texto da Diretiva, a entidade adjudicante inicia o procedimento fazendo um anúncio de concurso²⁶, que deverá ser o mais completo e detalhado possível. A autoridade adjudicante tem de indicar a “*necessidade de produtos, serviços ou obras inovadores, que não possam ser obtidos mediante a aquisição de produtos, serviços ou obras já disponíveis no mercado*”²⁷. Esta solução que a entidade adjudicante procura deverá ser descrita com elevado grau de detalhe de forma a que o concorrente fique em perfeitas condições de reconhecer qual a natureza e qual o âmbito da mesma²⁸. Assim, este anúncio deverá conter aquilo a que se chama requisitos mínimos a serem preenchidos pelos proponentes.

Após o envio do anúncio do concurso, as entidades interessadas em participar podem apresentar um “*pedido de participação*” no prazo de 30 dias. Só poderão participar no concurso os operadores económicos convidados pela autoridade adjudicante após a avaliação das informações prestadas, podendo, as autoridades adjudicantes limitar o número de candidatos convidados a participar no procedimento, nos termos do artigo 65.º da Diretiva 2014/24/UE²⁹. Esta comunicação é feita através do envio de um convite feito pela entidade adjudicante, sendo que esta pode limitar o número de candidatos no anúncio³⁰.

²⁶ Artigo 31.º, n.º 1 da Diretiva 2014/24/UE. No caso concreto português, o anúncio é publicado no Diário da República, cf. artigo 167.º, n.º 1 *ex vi* artigo 218.º-A, n.º 2, ambos do CCP

²⁷ *Vide*, artigo 31.º, n.º 1, 2º§ da Diretiva 24/2014/UE.

²⁸ Diretiva 24/2014/UE, *ibidem*.

²⁹ Artigo 65.º (Redução do número de candidatos qualificados que são convidados a participar)

“1. Nos concursos limitados, nos procedimentos de concurso com negociação, no diálogo concorrencial e nas parcerias para a inovação, as autoridades adjudicantes podem restringir o número de candidatos que satisfazem os critérios de seleção que irão convidar a concorrer ou a iniciar um diálogo, desde que exista um número mínimo, em conformidade com o disposto no n.º 2, de candidatos qualificados.

2. As autoridades adjudicantes indicam no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse as regras e critérios objetivos e não discriminatórios que pretendem aplicar, assim como o número mínimo e, eventualmente, o número máximo de candidatos que preveem convidar.

Nos concursos limitados, o número mínimo de candidatos não pode ser inferior a cinco. Nos procedimentos concorrenciais com negociação, no procedimento de diálogo concorrencial e nas parcerias para a inovação, o número mínimo de candidatos não pode ser inferior a três. Em qualquer caso, o número de candidatos convidados deve ser suficiente para garantir uma concorrência real.”

³⁰ Artigo 31.º, n.º 1, §4 da Diretiva.

Na seleção dos candidatos devem ser tidos em conta a capacidade dos candidatos relativamente ao domínio da investigação tal como no domínio do desenvolvimento e implementação de soluções³¹.

Assim, ao contrário dos procedimentos já existentes em que a seleção é feita após a apresentação das propostas, na Parceria para a Inovação é feita uma pré-seleção.

Aos candidatos será enviado um convite nos termos do disposto no artigo 54.º da Diretiva 2014/24/UE, isto é, as autoridades adjudicantes convidam, simultaneamente e por escrito, os candidatos selecionados a apresentar propostas, incluindo a referência ao endereço eletrónico onde os documentos do concurso se encontram diretamente disponíveis por via eletrónica. Caso esses documentos não tenham sido objeto de acesso livre, completo e direto, a título gratuito, pelas razões indicadas no segundo ou terceiro parágrafo do n.º 1 do artigo 53.º da Diretiva, e não tenham sido já disponibilizados de outra forma, deverão acompanhar os convites, tal como deverão constar as informações previstas no Anexo IX³².

Só os operadores económicos convidados pela autoridade adjudicante após a avaliação das informações solicitadas podem apresentar projetos de investigação e inovação destinados a satisfazer as necessidades identificadas por essa autoridade e que não possam ser satisfeitas pelas soluções existentes, sendo que o tratamento a dar aos direitos de propriedade intelectual daí decorrentes deverá seguir o definido previamente nos documentos do concurso, daí a importância de acautelar os seus precisos termos *ad initio*. Cada candidato só pode apresentar uma proposta de projeto de investigação e desenvolvimento. Apresentadas as propostas, a entidade adjudicante tem o dever de negociar todas as propostas até à apresentação da proposta final de cada concorrente. De fora desta negociação ficam os requisitos mínimos e os critérios de adjudicação.

De acordo com o n.º 6 do artigo 5.º da Diretiva 2014/24/UE e do n.º 6 do artigo 16.º da Diretiva 2014/25/UE, o valor a tomar em consideração para efeitos de valor estimado do contrato é o valor máximo estimado, sem IVA, das atividades de investigação e desenvolvimento a terem lugar em todas as etapas da parceria prevista, bem como dos

³¹ *Ibidem*, n.º 6.

³² O anexo IX trata do conteúdo dos convites à apresentação de propostas, à participação no diálogo ou à confirmação de interesse nos termos do artigo 54.º da Diretiva.

fornecimentos, dos serviços ou das obras a serem desenvolvidos e adquiridos no final da parceria prevista.

O critério de adjudicação que aqui deve, obrigatoriamente, ser adotado é o da proposta economicamente mais vantajosa, na vertente da relação qualidade/preço³³, ficando os fatores e sub-fatores a salvo da negociação.

Durante a fase de negociações, a entidade adjudicante deve garantir o cumprimento dos princípios base da contratação pública, designadamente os princípios da igualdade, da transparência e da imparcialidade³⁴. Esta é uma fase que por ser tratada individualmente com cada um dos concorrentes, facilmente se poderia tornar numa fase viciada. Daí seja necessário que a entidade adjudicante desenvolva alguns cuidados. A Diretiva previu alguns desses cuidados, obrigando à igualdade de tratamento de todos os concorrentes. As negociações devem ser lavradas sem que haja partilha de informações consideradas de tal modo importantes que colocariam a entidade concorrente em vantagem perante as demais. De igual modo, a entidade adjudicante não pode partilhar detalhes das propostas dos concorrentes entre si, salvo nos casos em que o próprio concorrente dá o seu consentimento para a comunicação de informações específicas.

De forma a manter a imparcialidade e a transparência do processo, sempre que seja necessário proceder a “*alterações às especificações técnicas ou a outros documentos do concurso que não aquelas que definem os requisitos mínimos*”³⁵, deve a entidade adjudicante comunicá-las por escrito a todos os concorrentes. Quando se proceda a alterações desta natureza, é concedido um prazo razoável para que os concorrentes possam alterar e apresentar novamente as suas propostas, de acordo com as alterações realizadas.

É ainda importante que a autoridade adjudicante assegure que a própria estrutura da parceria e, em especial, a duração e valor das diferentes fases reflitam o grau de inovação da solução proposta e a sequência das atividades de investigação e inovação necessárias para o desenvolvimento de uma solução inovadora (que ainda não está no mercado), pelo que o valor estimado dos fornecimentos, serviços ou obras não pode ser

³³ Artigo 31.º, n.º 1, §4, “*Os contratos são adjudicados exclusivamente com base no critério da proposta com melhor relação qualidade/preço em conformidade com o artigo 67.º*”.

³⁴ Sobre estes princípios ver ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in: AA.VV., Estudos de Contratação Pública I. Org. Pedro Gonçalves, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p.60.

³⁵ Artigo 31.º, n.º 4 da Diretiva.

desproporcionado em relação ao investimento exigido para o respetivo desenvolvimento.³⁶

A Parceria pode ser celebrada com um ou mais concorrentes desde que desenvolvam áreas de investigação e desenvolvimento em matérias diferenciadas.

Consoante o tipo de solução a adquirir pela entidade adjudicante, devem ser estabelecidas metas coincidentes com as diferentes etapas do projeto. Estas metas relevam, também, para efeitos de pagamento da Parceria. Uma das particularidades das Parcerias para a Inovação, traduz-se na possibilidade de fazer cessar a Parceria no final de cada fase, considerando o cumprimento ou não cumprimento dos objetivos traçados.

Como tal, se terminada a fase de investigação e a entidade adjudicante concluir que o parceiro não atingiu os objetivos propostos, a Parceria pode cessar naquele momento devendo a entidade adjudicante fazer o pagamento proposto até aquela fase. Ou no caso de ser uma Parceria com várias entidades, pode a entidade adjudicante proceder à redução do número de parceiros. De ressaltar que esta possibilidade deverá estar descrita nas peças do procedimento.

A entidade adjudicante deve garantir, através de consagração nas peças do procedimento, a proteção dos direitos de propriedade intelectual. Mais uma vez, a Diretiva ressalva a importância do sigilo da entidade adjudicante quanto às soluções apresentadas pelos parceiros.

Adjudicado o procedimento e estabelecida a Parceria, a entidade adjudicante deverá ter em consideração as fases do processo e o investimento necessário. Chamamos aqui à colação o princípio da proporcionalidade. Porquanto, a duração e o valor das diferentes fases têm de ser proporcionais ao grau de inovação apresentado, tal como o valor da aquisição da solução final não pode ser desproporcional ao investimento necessário para a sua conceção.

Tal como pudemos verificar, a Parceria para a Inovação é todo um processo feito por *“fases sucessivas de acordo com a sequência de etapas do processo de investigação*

³⁶ A limitação de valor daqui decorrente poderá levantar questões porquanto os custos da investigação e do desenvolvimento nem sempre estão relacionados com o custo do produto ou serviço criado.

e inovação, que pode incluir o fabrico de produtos, a prestação dos serviços ou a conclusão das obras^{37 38}.

Da análise do conteúdo da Diretiva conseguimos dividir as etapas do procedimento em duas grandes fases: a fase da Investigação & Desenvolvimento e a fase da Contratualização³⁹.

3.1. 1ª fase: Investigação & Desenvolvimento

Na primeira fase, a fase pré-contratual, a entidade adjudicante vai dar a conhecer ao mercado o problema que pretende solucionar, apresentando todos os requisitos necessários para a boa compreensão por parte dos possíveis concorrentes. Quando apresentam a proposta, os concorrentes têm de garantir que a sua proposta é inovadora e que solucionará a questão da entidade adjudicante, criando um plano que demonstra as fases pelas quais o seu projeto irá passar até à apresentação da inovação. Assim, esta fase demarca-se por ser a fase da investigação e do desenvolvimento do produto final.

Primeira questão que aqui se levanta é o que considerar um projeto suficientemente inovador. O legislador comunitário foi simpático em pela primeira vez dar uma definição de inovação⁴⁰⁴¹, mas manteve um vocabulário bastante vago, utilizando conceitos indeterminados, nomeadamente um produto “*novo ou significativamente melhorado*”⁴². Esta opção do legislador comunitário é muitas vezes vista como um mecanismo de proteção contra o possível abuso que esta figura pudesse ter por parte das entidades adjudicantes, viciando assim a contratação pública⁴³.

³⁷ Artigo 31.º, n.º 2, § 2 da Diretiva.

³⁸ A fixação de metas intermédias mostra-se de extrema importância pois permite avaliar a performance e capacidade dos operadores, exigindo a apresentação de resultados.

³⁹ ANDRECKA, MARTA, Op. Cit., p. 25.

⁴⁰ Artigo 2.º, n.º 1, ponto n.º 22 da Diretiva: «Inovação», a implementação de um produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado, incluindo mas não limitado aos processos de produção ou construção, um novo método de comercialização, ou um novo método organizacional nas práticas empresariais, na organização do local de trabalho ou nas relações externas, nomeadamente com o objetivo de ajudar a resolver os desafios societários ou de apoiar a Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo.

⁴¹ O legislador segue a mesma linha de pensamento quanto ao conceito de inovação que já anteriormente referimos.

⁴² Op. Cit., p.25.

⁴³ Neste sentido ver GRAELLS, A. “Public Procurement and state aid: reopening the debate?” (2012) 21 P.P.L.R. 211.

De acordo com **Pedro Cerqueira Gomes**⁴⁴, “*resulta da conjugação do art. 2.º (22) e do art. 31.º da Diretiva 2014/24/UE que inovação deve ser definida, tendo em conta dois elementos: (i) um elemento ontológico – criação de produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado; e (ii) um elemento teleológico - com o objetivo de resolução de desafios societais*”.

Porquanto, o principal desafio das entidades adjudicantes é definir um objeto suficientemente amplo para dar liberdade de criação aos concorrentes, mas que ao mesmo tempo seja um objeto preciso para que esses concorrentes tomem uma decisão informada, contendo o máximo de requisitos comunicáveis⁴⁵.

Depois de apresentadas as propostas, e tal como visto no ponto anterior, é dado espaço para a negociação das mesmas. Levanta-se aqui novo problema, comum a outros procedimentos que contêm uma fase de negociações. **Marta Andrecka**⁴⁶, chama a este fenómeno o “*Cherry-picking*”. Esta prática consiste na recolha de vários aspetos das propostas de vários candidatos e juntá-los todos numa só proposta atribuída a outros candidatos⁴⁷.

A Diretiva no seu artigo 31.º estabelece um princípio de igualdade de tratamento para salvaguardar a ocorrência deste fenómeno. Desde logo, limita a negociação aos aspetos que não façam parte dos requisitos mínimos estabelecidos no anúncio. Mais ainda, proíbe que a entidade adjudicante partilhe informação sobre um candidato com outros candidatos, sem que haja um consentimento expresso e especificado, onde o concorrente particulariza quais as informações cuja partilha consente.

No que a Diretiva não é tão explícita é no momento do procedimento em que esta proibição de revelação de informação confidencial deve ser cumprida, se na fase de negociação ou se na fase de implementação da parceria.

Se se considerar que a obrigação de confidencialidade só se aplica na fase de implementação, tese que parece ser defendida pelo legislador, ao permitir, no artigo 31.º

⁴⁴ GOMES, PEDRO CERQUEIRA, Alterações em procedimentos, in *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, Grupo de Contratação Pública, 2016, p. 30.

⁴⁵ Também neste sentido, ANDRECKA, MARTA, Op. Cit., p.26.

⁴⁶ ANDRECKA, MARTA, Op. Cit., p. 29.

⁴⁷ ARROWSMITH, S., TREUMER, S., “Competitive dialogue in EU law: a critical review”, in ARROWSMITH, S., TREUMER, S. *Competitive dialogue in EU procurement* (Cambridge University Press 2012), capítulo 1, p. 64.

da Diretiva, que a entidade adjudicante, após as negociações, altere as especificações técnicas, que não sejam requisitos mínimos, e outros documentos do procedimento, então abre-se a porta a possíveis casos de escolha seletiva, uma vez que, o concorrente pode alterar e apresentar nova proposta com base nos resultados das negociações. Mais uma vez o legislador europeu peca pela vagueza das suas palavras ao referir que a proibição só se aplica na partilha de informações confidenciais, não referindo as soluções apresentadas nas propostas, deixando em aberto o que se entende por informações confidenciais e se se deverá incluir as soluções propostas, apenas parte destas ou não se incluem na definição no seu todo.

A outra solução passa por considerar que a obrigação de confidencialidade abrange todo o processo desde a negociação até à implementação. A sustentar esta opinião está a repetição da cláusula de confidencialidade no parágrafo 4 e no parágrafo 6 do artigo 31.º da Diretiva, o que aponta para a necessidade de se fazer uma leitura conjunta dos dois parágrafos e sendo que um diz respeito à fase de apresentação de propostas e o outro diz respeito à fase de implementação, fazem valer a cláusula de confidencialidade nas duas fases⁴⁸.

Durante a fase da Investigação e Desenvolvimento devem ser construídas metas, objetivos a cumprir, num sistema de consecutividade. A cada um destes objetivos corresponderá um pagamento proporcional ao investimento feito para essa fase. Com base nos objetivos propostos, a entidade adjudicante pode determinar o fim ou a continuação da parceria nos casos em que só há um parceiro. Quando a parceria é composta por mais do que um parceiro, então aí a entidade adjudicante pode reduzir os parceiros envolvidos, uma vez que os contratos são lavrados individualmente.

3.2. 2ª Fase: Contratual

Na fase contratual, o produto inovador já foi apresentado, sendo obrigado a cumprir os requisitos de qualidade e os custos fixados inicialmente e que são exigidos pela entidade adjudicante. Aqui, realiza-se a compra do produto inovador. Esta é a fase que marca a diferença de todos os outros procedimentos já existentes.

Enquanto que nos restantes procedimentos a solução, teria de ser adquirida e só depois poderia ser testada. Nas Parcerias para a Inovação a solução pode e deve ser testada

⁴⁸ Neste sentido, ANDRECKA, MARTA Op. Cit., p. 27. Ver também, ARROWSMITH, S. The law of Public and Utilities Procurement, Sweet and Maxwell, 3ª edição, 2014, capítulo 9.

e só se cumprir todos os requisitos e consistir na solução que a administração pública pretende é que se faz a aquisição. Estes requisitos prendem-se essencialmente com o cumprimento do grau de inovação e de satisfação da necessidade pretendido. A Diretiva em momento algum densifica o significado destes requisitos, deixando à administração pública a árdua tarefa de os aplicar discricionariamente.

Outro aspeto inovador trazido pela Diretiva é precisamente o facto de a adjudicação ser feita no mesmo procedimento da parceria para a inovação e não ser necessária a abertura de um outro procedimento para haver lugar à aquisição da solução, tal como acontece no diálogo concorrencial.

Surge então, outro problema. Em que medida ou a partir de que momento deixamos de ter um procedimento pré-contratual e transitamos já para a aquisição e para o momento contratual. Esta questão trataremos mais à frente.

CAPÍTULO III – AS FIGURAS AFINS

1. Enquadramento Jurídico

Como já tivemos oportunidade de ver, as Diretivas 2004 introduziram, ainda que de forma tímida, alguns procedimentos pré-contratuais que permitiam a promoção da inovação.

Se por um lado tínhamos os mecanismos fechados do ajuste direto e do concurso público que não deixavam espaço à inovação, uma vez que na elaboração do caderno de encargos a entidade adjudicante já tem definida a solução que procura e as especificações necessárias à sua prossecução. Por outro, surgem os procedimentos de negociação e de diálogo concorrencial que abrem a porta à inovação.

Chegados a 2014 e com uma legislação europeia fortemente virada para a inovação os Estados-Membro têm a seu cargo a transposição das novas Diretivas. É então introduzido o procedimento das Parcerias para a Inovação.

O Código dos Contratos Públicos, datado de 2008, apesar de ter representado um grande marco na evolução do Direito Administrativo em Portugal⁴⁹, desde cedo foi alvo de críticas pela forma como estava elaborado, sendo um código bastante complexo e de difícil aplicação⁵⁰. Como as novidades trazidas pelas Diretivas 2014 eram em largo número, acreditou-se que o legislador português iria aproveitar a oportunidade para elaborar um novo código e assim tentar corrigir algumas das deficiências do velho Código.

Ao contrário do que era expectado pela doutrina portuguesa em geral, não houve lugar à elaboração de um novo Código dos Contratos Públicos⁵¹, mas tão somente à alteração de alguns artigos e inclusão de outros tantos, acabando por aumentar o já conhecido labirinto jurídico⁵².

⁴⁹ Também neste sentido, AMARAL E ALMEIDA, JOÃO, SÁNCHEZ, PEDRO FERNÁNDEZ, Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos – Regime da Contratação Pública, 2016, p.7.

⁵⁰ Vide em sentido similar, ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO, ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO, Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública, Coimbra, 2011, p. 11 e ss. No mesmo sentido cfr. REBELO DE SOUSA, MARCELO, MATOS, ANDRÉ SALGADO, Direito Administrativo Geral, III, 2.ª ed., Lisboa, 2009, p. 282-284.

⁵¹ Doravante CCP.

⁵² ESTORNINHO, MARIA JOÃO, Curso de Direito dos Contratos Públicos, Almedina, 2012, p.369.

No que às Parcerias para a Inovação diz respeito, o legislador português limitou-se a decalcar o regime previsto na Diretiva. Como já tivemos oportunidade de analisar o referido regime, a nossa abordagem neste capítulo será feita doutra forma.

Iremos começar por abordar as figuras afins das parcerias para a inovação com particular incidência no regime do Diálogo Concorrencial e só depois centrar o nosso estudo no regime do CCP, destacando algumas das questões a ele associadas.

Nas palavras de Miguel Raimundo, , *“As patentes semelhanças entre eles incluem o facto de todos terem uma fase de qualificação, serem procedimentos de utilização restrita e nos quais releva o carácter inovador do objeto a contratar, e nos quais o procedimento se desenvolve por aproximações e contratos sucessivos (a fase de diálogo concorrencial e as fases de negociação nos outros dois)”*.⁵³

2. O Diálogo Concorrencial

O diálogo concorrencial é um dos procedimentos pré-contratuais que nasce nas primeiras Diretivas europeias e já anunciava a introdução da inovação no processo de compras públicas.

O artigo 1.º da Diretiva 2004/18/CE, no seu número 11, alínea c) define o diálogo concorrencial como o *“procedimento em que qualquer operador económico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta”*, sendo esta a única definição apresentada pelo legislador europeu.

Nas novas Diretivas, o legislador define quais as situações em que a entidade adjudicante poderá escolher o diálogo concorrencial como procedimento pré-contratual, elencando-as no número 4, do artigo 26.º, *“os Estados-Membros devem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes utilizarem um procedimento concorrencial com*

⁵³ RAIMUNDO, MIGUEL, “Uma primeira análise das novas directivas (parte II)”, In: Revista de Contratos Públicos, nº10, Coimbra, 2014

negociação ou um diálogo concorrencial nas seguintes situações: a)

No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços que preencham um ou mais dos seguintes critérios: i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis, ii) os produtos ou serviços incluem a conceção ou soluções inovadoras, iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associadas, iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica, na aceção dos pontos 2 a 5 do Anexo VII; e b) no que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços, se, em resposta a um concurso aberto ou limitado, só tiverem sido apresentadas propostas irregulares ou inaceitáveis”⁵⁴ fazendo depois um descritivo do seu regime jurídico.

Ressalva-se a importância do considerando 42, onde o legislador abre caminho para a procura da inovação, “*os Estados-Membros deverão poder prever o recurso ao procedimento concorrencial com negociação ou ao diálogo concorrencial nas situações em que um concurso aberto ou limitado sem negociação não seja passível de gerar resultados satisfatórios na ótica da contratação pública*”.

Olhando para o CCP, para que a entidade adjudicante faça uso deste procedimento tem de ver reunido um conjunto de requisitos⁵⁵. Em primeiro, as suas necessidades não podem ser satisfeitas sem se adaptar soluções facilmente disponíveis. Tem de haver a inclusão de uma solução inovadora. O contrato tem de obrigar à existência de negociações prévias. E por fim, que não seja possível definir as especificações técnicas com precisão.

⁵⁴ Continuando a norma da diretiva “*Nestas situações, as autoridades adjudicantes não são obrigadas a publicar um anúncio de concurso se incluírem no procedimento todos os proponentes, e exclusivamente os proponentes, que satisfaçam os critérios referidos nos artigos 57.o a 64.o e que, no concurso aberto ou limitado anterior, tenham apresentado propostas que correspondam aos requisitos formais do procedimento de contratação. Nomeadamente, as propostas que não se encontrem em conformidade com o disposto na documentação relativa aos concursos, cuja receção ocorra demasiado tarde, que revelem indícios de conluio ou corrupção, ou cuja qualidade seja considerada pela autoridade adjudicante anormalmente baixa, devem ser consideradas irregulares. Em especial, devem ser consideradas inaceitáveis as propostas apresentadas por proponentes que não possuam as qualificações exigidas e as propostas cujo preço exceda o orçamento da autoridade adjudicante, tal como determinado e documentado antes do lançamento do concurso*”.

⁵⁵ Artigo 29.º do CCP.

Elencados os requisitos a ideia de abertura à inovação transporece. Mas vejamos com mais cuidado os pontos chave do regime.

O artigo 207.º do CCP é o principal marco de prossecução da inovação no seio do diálogo concorrencial. A necessidade de aprovação de “*uma memória descritiva, na qual identifica as necessidades e as exigências que pretende satisfazer*” e o facto de o caderno de encargos apenas ser elaborado no fim da 2ª fase⁵⁶, após a apresentação das soluções e conclusão do diálogo, demonstram aqui a sua forte componente inovatória pois a administração pública “*não consegue definir, com o mínimo rigor, a prestação característica do objeto contratual*”⁵⁷. Ora vejamos.

O diálogo concorrencial inicia-se com a publicitação de um anúncio no Diário da República onde consta a memória descritiva e um programa que consagra a remuneração ou a fórmula do seu cálculo, o número de candidatos a qualificar que não pode ser inferior a 3, por força da Diretiva 2014, e o critério de adjudicação com a consagração dos seus fatores. O diálogo concorrencial segue e perto o regime do concurso limitado por prévia qualificação por força das remissões feitas nos artigos 205.º a 218.º do CCP.

Na segunda fase, a entidade adjudicante procede ao envio de um convite aos candidatos qualificados, para “*apresentação de soluções suscetíveis de satisfazer as necessidades e as exigências identificadas na memória descritiva*”⁵⁸. Após a apresentação das propostas, é elaborado um relatório preliminar onde são fundamentadas as admissões e as exclusões de propostas, seguindo os critérios previstos no artigo 212.º do CCP.

Posto isto, inicia-se o diálogo com os candidatos admitidos. Durante este processo, entidade adjudicante deve sempre garantir a confidencialidade e a igualdade de tratamento entre todos os candidatos e respetivas propostas.⁵⁹ O diálogo termina quando o júri “*Identificar, se necessário por comparação, a solução suscetível de satisfazer as necessidades e as exigências da entidade adjudicante [ou] declarar que nenhuma das*

⁵⁶ O CCP estabelece no seu artigo 205.º que o diálogo concorrencial divide-se em 3 fases: apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos; apresentação das soluções e diálogo com os candidatos qualificados; apresentação e análise das propostas e adjudicação.

⁵⁷ KIRKBY, MARK, “O diálogo concorrencial” in GONÇALVES, PEDRO COSTA (ed.), Estudos de Contratação Pública, Coimbra Editora, 2008, p. 287.

⁵⁸ Artigo 209.º, n.º 2 do CCP.

⁵⁹ Neste sentido cf. KIRKBY, MARK, cit., pp. 318 a 319; e VIANA, CLÁUDIA, “O diálogo concorrencial”, in Revista de Contratos Públicos, n.º 1 (Janeiro – Abril), 2011, p. 118.

soluções apresentadas e discutidas satisfaz as necessidades e as exigências da entidade adjudicante”, conforme previsto no n.º 5 do artigo 214.º.

Se nenhuma das soluções satisfizer as necessidades da administração pública, então dá-se o procedimento por terminado, aplicando-se a causa de não adjudicação para ele prevista na alínea f) do número 1, do artigo 79.º.⁶⁰

Se, pelo contrário, a entidade adjudicante encontrar a solução capaz de satisfazer as suas necessidades, prossegue-se para a terceira fase, dando lugar ao envio de um convite onde constará os requisitos do número 2, do artigo 189.º do CCP⁶¹, o modelo de avaliação das propostas e o caderno de encargos⁶².

Colocando a construção do caderno de encargos depois do diálogo com os candidatos, pretende-se que este seja feito pelos dois intervenientes, permitindo uma maior margem de inovação dos candidatos que não se vêm limitados pelo imaginário da entidade pública. Daqui surgirão propostas que a própria entidade nunca poderia prever e que garantem a prossecução do interesse público. No procedimento do diálogo concorrencial o que se pretende é que a construção do caderno de encargos seja realizada com a participação dos candidatos admitidos.

Por fim, feita a apresentação e avaliação das propostas, há lugar à adjudicação nos termos aplicado ao concurso limitado por prévia qualificação.

Como observam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, o procedimento do diálogo concorrencial foi pensado para as situações em que a *“entidade adjudicante desconhece a melhor maneira de satisfazer uma necessidade a seu cargo ou*

⁶⁰ No procedimento de diálogo concorrencial, nenhuma das soluções apresentadas satisfaça as necessidades e as exigências da entidade adjudicante.

⁶¹ 2 - O convite à apresentação de propostas deve indicar: a) A identificação do concurso; b) A referência ao anúncio do concurso previsto no n.º 1 do artigo 167.º e, quando for o caso, ao previsto nos n.os 1 a 3 do artigo 131.º; c) Os documentos referidos na alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º, se for o caso; d) Os documentos que constituem a proposta que podem ser redigidos em língua estrangeira, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 58.º; e) Se é admissível ou não a apresentação de propostas variantes, e o número máximo de propostas variantes admitidas; f) O prazo para a apresentação das propostas; g) O prazo da obrigação de manutenção das propostas, quando superior ao previsto no artigo 65.º; h) O modo de prestação da caução, ou os termos em que não seja exigida essa prestação de acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 88.º; i) O valor da caução, quando esta for exigida; j) (Revogada.) k) A indicação do prazo limite para identificação de erros e omissões e para resposta quanto aos mesmos, se superior ao previsto no artigo 50.º

⁶² Artigo 217.º do CCP.

quais são as soluções disponíveis no mercado para o efeito e pretende conhecê-las e adotar contratualmente a melhor”.⁶³

O principal problema desta formulação é que todo o procedimento é desenvolvido à volta de um “protótipo”. O caderno de encargos é construído à volta de um “protótipo”, sem garantias de operacionalidade. É estabelecido um preço base assente no desenho e na promessa de uma solução. Pode acontecer a solução não desempenhar o fim para o qual foi concebido, não solucionar o problema da administração pública. No entanto a entidade adjudicante terá de concluir o procedimento, pois a solução só pode ser testada após a adjudicação. A entidade adjudicante aceita a transferência do risco.

É este o risco que muitas vezes faz a administração pública não optar por este tipo de procedimentos uma vez que não há garantias de sucesso, perdendo-se muito tempo e dinheiro para obter um produto final que poderá não funcionar de todo.

3. O Procedimento De Negociação

O procedimento de negociação é um procedimento onde “*as entidades adjudicantes consultam os operadores económicos da sua escolha e negociam as condições do contrato com um ou mais de entre eles*”.⁶⁴

Este é um procedimento diferente, na medida em que pode ser autónomo ou fazer parte de outros procedimentos, como o ajuste direto ou o concurso público⁶⁵.

Acarreta os mesmos requisitos atribuídos ao diálogo concorrencial previstos no artigo 29.º do CCP, isto é, não pode existir uma solução no mercado que satisfaça as necessidades da entidade pública, terá de existir a introdução de uma solução inovadora que deverá passar por uma fase de negociações prévias e que as especificações técnicas não possam ser rigorosamente definidas, limitando assim os casos em que a entidade adjudicante pode recorrer a este procedimento.

⁶³ OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE e OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, Concursos e outros procedimentos de contratação pública, Coimbra, Almedina, 2011, p. 279.

⁶⁴ Artigo 1.º, n.º 11, alínea d), da Diretiva 2004/18/CE.

⁶⁵ Respetivamente, artigos 115.º, n.º 2 e 149.º ambos do CCP.

O regime do procedimento de negociação está previsto nos artigos 193.º e seguintes do CCP, com especial remissão para o regime do concurso limitado por prévia qualificação. Ora vejamos:

O legislador português definiu, no desenvolvimento do procedimento de negociação, a existência de 4 fases⁶⁶: a apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos; a apresentação e análise das versões iniciais das propostas; a negociação das propostas; e a análise das versões finais das propostas e adjudicação.

O programa⁶⁷ do procedimento deverá indicar o número mínimo de candidatos (que, à semelhança do que acontece no diálogo concorrencial, não pode ser inferior a 3), os aspetos não sujeitos a negociação e os termos em que essa negociação decorrerá. Publicado o anúncio, o prazo para apresentação de propostas não pode ser inferior a 30 dias, quando sujeito a publicação no Jornal Oficial da União Europeia e não pode ser inferior a 25 dias quando não sujeito a publicação no Jornal Oficial da União Europeia. Apresentadas as propostas, as mesmas são avaliadas nos termos no artigo 139.º e, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 146.º a 148.º, todos do CCP.

A negociação é feita com base no disposto no n.º 2 do artigo 118.º e nos artigos 119.º a 121.º, por remissão expressa do artigo 202.º. A análise das propostas finais e a consequente adjudicação é feita com base nos artigos 152.º a 154.º.

A remissão em massa de fases do procedimento de negociação para o regime do concurso limitado por prévia qualificação demonstra que é um procedimento mais limitado no que toca à inovação, uma vez que a entidade adjudicante sabe, à priori, o que procura, e expressa-o no caderno de encargos que aqui, ao contrário do que sucede no diálogo concorrencial é elaborado *ab initio*. Aqui, e nas palavras de **Mark Kirkby**, a administração apenas “*sente, no entanto dificuldades (...) em fechar completamente o contrato sem uma negociação definitiva com os concorrentes, que lhe permita chegar a uma solução integrada*”.⁶⁸

Mesmo sendo um procedimento mais limitado, o legislador comunitário não se esqueceu de precaver a proteção dos princípios base da contratação pública, “*o procedimento concorrencial com negociação deverá ser acompanhado de salvaguardas*

⁶⁶ Artigo 194.º do CCP.

⁶⁷ Articulação do Artigo 196.º com a alínea a) do n.º 1 do artigo 150.º e no n.º 1 do artigo 164.º

⁶⁸ KIRKBY, MARK, cit., p. 286.

*adequadas que garantam a observância dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência”.*⁶⁹

4. Contratos Pré-Comerciais⁷⁰

Em 2007, após a Comunicação “*O conhecimento em acção: uma estratégia alargada para a UE no domínio da inovação*”⁷¹ chegar ao Conselho Europeu e destacar a importância da contratação pública como reforço das capacidades de inovação da União Europeia e a falta de aproveitamento dos contratos pré-comerciais na Europa, o referido Conselho pediu à Comissão Europeia que elaborasse um conjunto de orientações sobre como adaptar a legislação comunitária de contratação pública para despertar a inovação.

Sob este mote, nasceu a Comunicação “*Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa*”⁷². Esta comunicação tem como núcleo o conceito de contrato pré-comercial, isto é o contrato que diz respeito à fase de Investigação e Desenvolvimento, o momento antes da comercialização. Como tal, facilmente se percebe que estes contratos têm apenas como âmbito os serviços de Investigação e Desenvolvimento. Estes serviços abrangem certo tipo de atividades como “*o estudo e a concepção de soluções, a criação de protótipos e o desenvolvimento original de uma quantidade limitada de primeiros produtos ou serviços sob a forma de série experimental*”⁷³ onde não se pode incluir atividades relacionadas com o desenvolvimento comercial⁷⁴.

⁶⁹ Considerando 45.

⁷⁰ Apesar de os contratos Pré-comerciais não serem abrangidos pelas diretivas 2014 e terem legislação própria, pareceu-nos importante deixar um breve apontamento sobre este mecanismo que também promove a inovação e que entra em vigor muito antes da Estratégia Europa 2020 e que abre portas para a figura mais completa das parcerias para a inovação.

⁷¹ Comissão Europeia, COM (2006) 502 final, O Conhecimento em ação: uma estratégia alargada para a UE no domínio da inovação, Bruxelas, 2006.

⁷² Comissão Europeia, COM (2007) 799 final, Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa, Bruxelas, 2007.

⁷³ *Ibidem*, p. 2.

⁷⁴ Também neste sentido, GONÇALVES, JOANA DE MATOS FERNANDES, “*As Parcerias para a Inovação: Uma Inovação?*” in FONSECA, ISABEL CELESTE M., (Coord.), Atas I Congresso Sobre Compras Públicas – Para Uma Contratação Pública Estratégica, Braga, Edição NEDip – Núcleo de Estudos de Direito Ius Publicum, ELSA UMINHO e ARAP – Autoridade Reguladora das Aquisições Públicas (Cabo Verde) 2015, pp. 255 e 256.

Primeira conclusão a retirar daqui é que nos contratos pré-comerciais não se pretende fazer a aquisição do produto final, apenas o desenvolvimento do produto. Essa aquisição ficará a cargo dos procedimentos de adjudicação já conhecidos.

Aqui chegados, verifica-se que a estrutura dos contratos pré-comerciais é em muito semelhante à primeira fase das Parcerias para a Inovação. Pode-se até admitir, que estes contratos serviram de inspiração ao legislador europeu para a primeira fase das Parcerias. Ambos tratam da procura pela entidade adjudicante de um produto, obra ou serviço completamente inovador e que dê resposta às necessidades da entidade adjudicante. A grande diferença reside no facto de, nas Parcerias para a Inovação, a entidade adjudicante poder adquirir o produto proveniente da fase de Investigação e Desenvolvimento. Nos contratos pré-comerciais, o contrato termina quando o produto é desenvolvido e está apto a funcionar, mas para se fazer a aquisição desse produto é necessário recorrer aos procedimentos de adjudicação conhecidos. Neste último caso, o comprador público só acompanha a fase de Investigação e Desenvolvimento.

Nas Parcerias para a Inovação o objeto do contrato, para além dos serviços de Investigação e Desenvolvimento, é a aquisição da solução inovadora. Já nos contratos pré-comerciais, o objeto do contrato são os próprios serviços de Investigação e Desenvolvimento, porquanto, a entidade adjudicante não reserva para si os direitos exclusivos de utilização do resultado proveniente da Investigação e Desenvolvimento, garantindo assim que as duas partes beneficiem de uma “ampla comercialização e adoção de novas soluções”⁷⁵.

A Diretiva 2014 limita, no seu artigo 14.º, a sua aplicação exclusivamente a contratos em que “os resultados destinam-se exclusivamente à autoridade adjudicante, para utilização no exercício da sua própria atividade” e em que “o serviço prestado é totalmente remunerado pela autoridade adjudicante”. Daqui fica claro que a Diretiva exclui do seu âmbito de aplicação os contratos cujo objeto caiba dentro da contratação pré-comercial.

Retira-se ainda do texto da Diretiva que nas Parcerias para a Inovação, a entidade adjudicante não partilha, com outras entidades, os resultados obtidos na fase de Investigação e Desenvolvimento. Consequentemente, não havendo esta partilha de

⁷⁵ *Op. Cit.*, COM (2007) 799, final, p. 7.

resultados, também não há partilha de risco, ficando os custos totalmente a cargo da entidade adjudicante.

Esta exclusividade de desenvolvimento da solução inovadora acarreta duas consequências: por um lado, o aumento dos custos para a entidade adjudicante, e por outro, a perda de interesse dos operadores económicos. Sendo um projeto de uso exclusivo daquela entidade adjudicante e ficando o outro operador económico limitado à venda única e exclusivamente para aquela entidade, o valor do desenvolvimento e criação do produto aumenta para compensar as perdas. Mais ainda, o operador pode concluir que não compensa o investimento e que seria mais benéfico apostar noutro produto que possa ser comercializado no mercado, perdendo assim o interesse em fazer parceria. E para além disso, a solução poderia aproveitar a outras entidades públicas o que bastaria para que o desenvolvimento exclusivo não se justificasse⁷⁶.

A segunda conclusão a retirar daqui é que se, por um lado, os contratos pré-comerciais se tornam mais atrativos para os operadores económicos e, numa primeira fase, para as entidades adjudicantes, analisando mais a fundo, é fácil constatar que o facto de ser necessário lançar dois procedimentos e que a entidade adjudicante não poderá adquirir diretamente a solução da entidade que a concebeu, tornar-se-ia ainda mais oneroso para a entidade adjudicante. As Parcerias para a Inovação, por serem um procedimento unitário, conferem à entidade adjudicante a garantia de que no final haverá lugar a uma aquisição de um produto direta e imediata.

⁷⁶ Ver neste sentido, *Op. Cit.*, p. 258.

CAPÍTULO IV - PARCERIAS PARA A INOVAÇÃO À LUZ DO CCP

1. Enquadramento Geral

O expoente máximo da inserção da inovação na contratação pública dá-se com a criação do novo procedimento da parceria para a inovação. Comparando com os procedimentos já existentes, esta pretende ir mais longe.

Se à pouco vimos que a definição da prestação que melhor prossegue os objetivos da entidade pública era o fator distintivo nos procedimentos de negociação e de diálogo concorrencial, no caso da parceria para a inovação o fator distintivo está na “*estruturação da posição contratual das partes depois da celebração da parceria, e não se circunscreve apenas ao procedimento de adjudicação*”⁷⁷, quer isto dizer que a parceria para a inovação pressupõe a experimentação, ou seja, permite passar para o desenvolvimento efetivo da solução, seja ela um bem ou um serviço inovadores.⁷⁸

A Parceria para a Inovação é introduzida no diploma através do aditamento dos artigos 30.º-A, 218.º-A, 218.º-B, 218.º-C, 218.º-D e 301.º-A⁷⁹, configurando-se, nas palavras de **Pedro Cerqueira Gomes**, como uma “*transposição minimalista, isto é, muito*

⁷⁷ MATOS, SARA YOUNIS AUGUSTO DE, “Novos tipos de procedimentos précontratuais”, in Coord. ESTORNINHO, MARIA JOÃO e MARTINS, ANA GOUVEIA, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas/Centro de Investigação de Direito Público, 2016, p. 65.

⁷⁸ Cf. FARINHO, DOMINGOS SOARES, Op. Cit., p.16.

⁷⁹ De acordo com FARINHO, DOMINGOS SOARES, Regras especiais de contratação pública: os serviços sociais e outros serviços específicos, in Atas da Conferência - A Revisão do Código dos Contratos Públicos, Coord. ESTORNINHO, MARIA JOÃO e MARTINS, ANA GOUVEIA, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas/Centro de Investigação de Direito Público, 2016, pp. 81 a 97. (2016, p. 93- 94), este artigo, referente aos contratos com forte componente de inovação, mostra uma inovação face ao teor da Diretiva. Assim, refere que “*o anteprojecto procurou com o artigo referido, entre outros objetivos, assegurar uma linha de continuidade entre o novo regime pré-contratual das parcerias para a inovação, previstas no artigo 31.º da Diretiva e nos artigos 218.º-A a 218.º-D do anteprojecto e um regime contratual substantivo que acautelasse as especificidades dessa mesma inovação. Sucede porém que, também os setores dos serviços sociais e outros serviços específicos se enquadram numa área de inovação-social - que, não só pode convocar a aplicação deste novo mecanismo pré-contratual, como carece, em vida do contrato, de regras específicas para a regulação da prossecução de objetivos de impacto social. Assim, pode suceder que o regime especial dos artigos 301.º-A e seguintes do anteprojecto, necessite de ser integrado por uma adaptação do mecanismo das parcerias para a inovação, no exercício da discricionariedade permitida pelo n.º 1 do artigo 250.º-C do anteprojecto que prevê expressamente que “[a]tendendo à natureza específica das prestações a adquirir e observados os princípios gerais aplicáveis à contratação pública, as entidades adjudicantes gozam de autonomia na definição das peças procedimentais, podendo afastar ou incluir quaisquer regras ou formalidades”. Isto significa que a combinação do regime pré-contratual especial dos artigos 301.º-A e seguintes do anteprojecto com o procedimento das parcerias para a inovação é a solução recomendada quanto esteja em causa a aquisição de serviços sociais e outros serviços específicos com uma forte componente de inovação social e que como tal convoquem as preocupações e exigências deste novo procedimento pré-contratual.*”

*próxima ao texto da Diretiva 2014/24/EU*⁸⁰, como aliás foi feito pela maioria dos países europeus.

Olhando para o teor do CPP, o artigo 30.º-A (Escolha da parceria para a inovação) estabelece que *“a entidade adjudicante pode adotar a parceria para a inovação quando pretenda a realização de atividades de investigação e o desenvolvimento de bens, serviços ou obras inovadoras, independentemente da sua natureza e das áreas de atividade, tendo em vista a sua aquisição posterior, desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e preços máximos previamente acordados entre aquela e os participantes na parceria”*.

Daqui resulta, tal como **Domingos Soares Farinho**⁸¹ defende, que a parceria para a inovação depende de uma forte estrutura de contratação por resultados. Quer isto dizer que a parceria concentra em si dois procedimentos: o desenvolvimento da solução inovadora e a aquisição dessa solução, sem, no entanto, ser necessário fazer uso de outro procedimento.

Apesar de a norma portuguesa não ser tão clara como a diretiva neste aspeto, deve-se fazer valer a vontade do legislador europeu e encarar a aquisição da solução como uma obrigação, salvo quando a entidade adjudicante fundamente com base nos resultados obtidos que a solução não cumpre o fim para o qual foi criada.

A primeira observação a ser feita quanto ao regime previsto no CCP vai de encontro ao estabelecido no considerando 49.º da Diretiva, a parceria para a inovação obedece ao regime previsto para o procedimento de negociação⁸², suspeitamos que assim seja para evitar a existência de lacunas quanto aos aspetos que não se encontrem expressamente regulados nos artigos dedicados à parceria para a inovação⁸³.

2. Tramitação:

A tramitação do procedimento está prevista nos artigos 218.º-A e seguintes. O legislador identifica três fases que a parceria para a inovação atravessa até à implementação da solução inovadora.

⁸⁰ GOMES, PEDRO CERQUEIRA, cit, p. 29.

⁸¹ FARINHO, DOMINGOS SOARES, cit., 2017, p. 17.

⁸² Artigo 218.º-A, n.º 5.

⁸³ Cf. GOMES, PEDRO CERQUEIRA, Cit. p. 30.

A primeira será a fase de “*apresentação das candidaturas, podendo a respetiva seleção incluir a qualificação dos candidatos quando se trate do desenvolvimento de projetos dotados de especial complexidade*” (alínea a)). A segunda fase será a da “*apresentação de propostas de projetos de investigação e desenvolvimento*” (alínea b)) e por fim a fase de “*análise das propostas de projetos de investigação e celebração da parceria*” (alínea c)).

Avançado para a aplicação prática da primeira fase, salta logo à vista a necessidade de a entidade adjudicante se inteirar da situação de mercado. A alínea a) do n.º 3 do artigo 218.º-A dispõe que a administração pública deve “*identificar a necessidade de bens, serviços ou obras inovadores que não possam ser obtidos mediante a aquisição de bens, serviços ou obras já disponíveis no mercado, indicando ainda os requisitos mínimos que concretizam a necessidade*”. Ora surge aqui o primeiro problema que nem o legislador europeu, nem o legislador português souberam suprimir. O mercado oferece inúmeras soluções e está em constante desenvolvimento, ora o legislador deixou a administração pública encarregue de percorrer todo o mercado na procura de uma solução que satisfaça as suas necessidades e só não a encontrando é que pode fazer uso da parceria para a inovação. Quase poderíamos considerar estarmos perante uma *probatio diabólica*, uma prova diabólica.

Sara Younis de Matos⁸⁴ considera que foi para situações desta ordem que a figura da Consulta Preliminar ao Mercado⁸⁵ foi idealizada, pois permite à administração pública perguntar ao mercado que soluções já existem e se estas preenchem as necessidades da entidade adjudicante⁸⁶.

Ainda no seio da aplicação desta primeira fase surge uma nova questão onde o texto do CCP contrapõe o que vem dito na Diretiva. Se por um lado a Diretiva obriga a que haja uma qualificação dos concorrentes, tal como acontece no procedimento de negociação, o CCP apresenta a qualificação na parceria como facultativa.

Vamos mais uma vez socorrer-nos daquela que foi a vontade expressa⁸⁷ do legislador europeu fazendo uma aplicação supletiva do regime do procedimento de

⁸⁴ MATOS, SARA YOUNIS AUGUSTO DE, cit., p. 72.

⁸⁵ Novidade introduzida pela Diretiva 2014, no seu artigo 40.º. No CCP está prevista no artigo 35.º - A.

⁸⁶ Também neste sentido, FARINHO, DOMINGOS SOARES, cit., p. 18.

⁸⁷ Considerando 49 da Diretiva, “*A parceria para a inovação deverá basear-se nas regras processuais aplicáveis ao procedimento concorrencial com negociação*”.

negociação. Ora, se no procedimento de negociação previsto no CCP⁸⁸ é obrigatória a existência de uma fase de qualificação dos concorrentes por remissão do artigo 193.º do CCP, se a própria Diretiva obriga a que haja uma qualificação, não se compreende como pode o legislador português considerar que na parceria para a inovação essa qualificação seria facultativa.

Assim, promovemos sempre uma interpretação conforme à diretiva e concluímos que na primeira fase a qualificação referida na alínea a) do número 1, do artigo 218.º - A do CCP deve ser obrigatória.

O número 3, do artigo 218.º - A define os elementos que devem fazer parte do anúncio. O legislador dispõe que a entidade adjudicante deve definir de forma mais completa possível o resultado que pretende obter e os parâmetros que quantificarão o seu grau de satisfação (alínea a). Só assim o objetivo da promoção da inovação será atingido. A ideia da liberdade para inovar não significa que a administração deva descurar de outros aspetos essenciais ao procedimento, como as garantias de concorrência e a competência dos concorrentes para desenvolverem o projeto. A alínea c) traz-nos outro ponto interessante, a questão da capacidade dos concorrentes. Este requisito permite garantir que as entidades concorrentes contribuam de facto para o desenvolvimento da parceria cumprindo os requisitos exigidos, facilitando todo o procedimento para que se cumpra o objetivo da parceria.

Já anteriormente falamos um pouco dos direitos de propriedade intelectual, embora do ponto de vista do legislador europeu. A alínea b) vem lembrar à entidade adjudicante que deve definir critérios relativamente a esses direitos. Neste caso, é do nosso entender que a entidade adjudicante tem de garantir duas perspetivas: a perspetiva do concorrente e a perspetiva da própria entidade. Qualquer concorrente que realize a investigação para o desenvolvimento de um novo projeto quer garantir que verá o seu trabalho reconhecido e seria de facto pouco aliciante para um concorrente ver o seu trabalho atribuído a outros, era meio caminho andado para o insucesso das parcerias. Por outro lado, a entidade adjudicante não pretende financiar um projeto desenhado para si e que criará uma solução para sua aplicação que não lhe é associada e da qual só fará a utilização.

⁸⁸ Cf. artigos 163.º, 179.º, 181.º, 193.º e 194.º.

Somos da opinião de que a definição dos critérios relativos aos direitos de propriedade intelectual contenha critérios que permitam ser adaptados ao longo do processo, optando por numa fase inicial atribuir esses direitos ao concorrente, até como uma forma de captar o seu interesse, e na fase final permitir a partilha desses mesmos direitos, salvaguardando a posição da entidade adjudicante⁸⁹. **Domingos Soares Farinho** defende ainda que a adaptação dos critérios ao longo da parceria permite à entidade parceira concentrar-se no desenvolvimento do projeto, dispersando a sua atenção para outras questões em momento definidos no tempo.⁹⁰

Avançando no procedimento, chegamos à fase de apresentação de propostas de projetos de investigação e desenvolvimento (alínea b) do artigo 218.º -A do CCP). Esta norma completa-se com a aplicação do normativo do artigo 218.º -C. Este artigo espelha o disposto na Diretiva de que se deve aplicar supletivamente o regime do procedimento de negociação, “*as entidades adjudicantes devem negociar com os concorrentes a proposta inicialmente apresentada por cada um deles, bem como todas as propostas posteriormente apresentadas, com exceção da proposta final de cada um*”. Contudo não decorre daqui que este processo deva ser feito por fases, tal como está expresso na Diretiva. Acreditamos na boa fé do legislador português e cremos que quando ele se refere a “*todas as propostas posteriormente apresentadas*”, subentende a existência de um procedimento por fases, até porque cada concorrente só pode apresentar uma proposta⁹¹, resultando a sua alteração da negociação entre as partes.

Nesta fase conseguimos retirar a grande inovação que o legislador europeu nos trouxe com a criação deste mecanismo. É aqui descortinada a essência deste procedimento. A pareceria para a inovação integra em si dois procedimentos distintos, por um lado temos um procedimento para o desenvolvimento de uma solução através das técnicas de investigação e desenvolvimento e por outro temos um procedimento para a aquisição de um bem ou serviço (a solução)⁹². Aqui, destacamos a audácia do legislador europeu e o seu caráter inovador e encontramos a grande distinção entre o diálogo

⁸⁹ Cf. FARINHO, DOMINGOS SOARES, cit., 2017, p. 20.

⁹⁰ FARINHO, DOMINGOS SOARES, Op. Cit., p. 20.

⁹¹ Cf. artigo 218.º -B, n.º 4 do CCP.

⁹² Também neste sentido FARINHO, DOMINGOS SOARES, cit., 2017, p. 20; MATOS, SARA YOUNIS AUGUSTO DE, cit. p. 67.

concorrencial e a parceria para a inovação, pois esta última dá um passo a mais que o diálogo concorrencial⁹³, vais mais além.

Vamos então fazer um apanhado geral daquilo que já vimos do regime presente no CCP: a administração pública deteta um problema que necessita de solução. Consulta o mercado e nenhuma das propostas vai de encontro à necessidade da administração e esta decide lançar um procedimento de parceria para a inovação, fazendo o anúncio onde identifica os requisitos mínimos que definem a sua necessidade e que capacitam os concorrentes a serem selecionados (as tais capacidades). A Diretiva estabelece que o prazo para apresentação de candidaturas é de 30 dias. Passaram os 30 dias e agora?

Primeira hipótese, um candidato apresenta proposta. O que deve a entidade adjudicante fazer? Optar por um procedimento de ajuste direto ou iniciar uma parceria para a inovação com apenas um concorrente?

O artigo 218.º -B do CCP quando trata o modo como o convite de ser elaborado e enviado, nada diz sobre o número de candidatos a serem convidados. O parágrafo 4 do número 1 do artigo 31.º da Diretiva dispõe que as entidades adjudicantes podem limitar o número de concorrente fazendo depois uma remissão para o artigo que trata desse tema, o artigo 65.º. No parágrafo 2, do número 2 do referido artigo, o legislador europeu é transparente “*nos procedimentos concorrenciais com negociação, no procedimento de diálogo concorrencial e nas parcerias para a inovação, o número mínimo de candidatos não pode ser inferior a três*” (itálico nosso).

Domingos Soares Farinho defende que “(i) *havendo uma consulta preliminar ao mercado, essencial para determinar a existência ou não de soluções disponíveis; (ii) havendo a perceção de que, por razões técnicas, apenas um candidato poderia desenvolver um projeto inovador; e (iii) havendo um anúncio de parceria a que apenas esse candidato responde, perguntamo-nos se não será aplicável por analogia o ponto ii) da alínea b) do n.º 2 do art. 32.º da Diretiva, podendo neste caso a entidade adjudicante, ao invés de lançar mão do ajuste direto, lançar mão da parceria para a inovação apenas com um convidado*”. Apesar de muitas vezes concordarmos com este autor, esta não é uma delas, pelo menos não na totalidade.

⁹³ Tal como vimos, no diálogo concorrencial há apenas o desenvolvimento do produto, a aquisição tem de ser feita através de outro procedimento.

Consideramos que temos de nos manter coerentes com aquilo que temos vindo a defender e isso traduz-se na concordância com o legislador europeu pois, esta é uma criação por ele pensada e como tal melhor deve entendê-la. Daí que, a partir do momento em que este legislador cria uma norma específica para o número de candidatos qualificados que são convidados a participar e define que o número de candidatos não pode ser inferior a três, não colhe entre nós a possibilidade de ser feita uma parceria para inovação com apenas convite a um candidato. Mais a mais, o próprio legislador justifica a sua opção com a garantia de uma “*concorrência real*”⁹⁴.

É importante destacar aqui a ênfase que o legislador europeu deu ao facto de que mesmo sendo um procedimento para a promoção da inovação, a parceria para a inovação não pode em caso algum limitar a concorrência.

Parece-nos que, apesar de ser um bom mecanismo para a administração pública ter uma perceção do estado do mercado quanto à existência de soluções que possam corresponder ao pretendido, a consulta preliminar ao mercado não é suficiente para garantir que apenas aquele operador tem as características técnicas necessárias à prossecução do objetivo pretendido, uma vez que a consulta preliminar ao mercado é ela própria definida e limitada pela administração pública. Se permitirmos que a administração possa usar este mecanismo como justificação de que apenas aquele operador cumpre os requisitos técnicos, requisitos esses definidos pela administração, não estamos a abrir uma janela de viciação do procedimento da parceria para a inovação e de desvirtuação da consulta preliminar ao mercado?

Não podemos descurar o facto de o anúncio ser publicitado em Diário da República⁹⁵ o que pressupõe a sua disponibilização a todos os fornecedores e garantiria a manutenção da concorrência, em que havendo apenas um concorrente, parece-nos lógico que para bem do interesse público, a administração pública testasse essa oportunidade. O mesmo entender teve o legislador europeu estabelecendo que “*se o número de candidatos que satisfazem os critérios de seleção e os níveis mínimos de capacidade referidos no artigo 58.º, n.º 5, for inferior ao número mínimo, a autoridade adjudicante pode prosseguir o procedimento convidando os candidatos com as capacidades exigidas*”⁹⁶. A

⁹⁴ Cf. ultima parte do §2, do n.º 2 do artigo 65.º da Diretiva.

⁹⁵ Cf. artigo 167.º por remissão do n.º 2 do artigo 218.º -A, ambos do CCP.

⁹⁶ O legislador europeu no seu artigo 58.º elenca matérias com as quais os critérios de seleção podem estar relacionados: “a) a habilitação para o exercício da atividade profissional; b) a capacidade económica e financeira; c) a capacidade técnica e profissional”.

nosso ver esta deve ser a norma aplicada no caso de apenas um candidato apresentar proposta ou no caso de havendo vários candidatos apenas um cumpra os requisitos.

A aplicação analógica do ponto ii), da alínea b), do número 2 do artigo 32.º parece-nos arriscada na medida em que pressupõe a não existência de anúncio prévio, baseada nas tais características técnicas definidas pela administração. O que não permite salvaguardar a administração pública da existência de um operador de mercado que esta desconheça de se apresentar a concurso.

Por fim, chegamos à última fase do procedimento a de análise das propostas finais e celebração da parceria. Analisando as propostas provenientes da fase de negociação a entidade adjudicante escolhe aquela que melhor suprirá as suas necessidades. Problema: quando há mais do que um candidato com quem a entidade adjudicante pretende negociar.

A diretiva no seu artigo 31.º confere às entidades adjudicantes a faculdade de “estabelecer a parceria para a inovação com um só parceiro ou com vários parceiros que efetuem atividades de investigação e desenvolvimento distintas”. O legislador português vai mais longe e diz-nos que os vários concorrentes são designados parceiros e a cada um deles estão destinadas soluções de desenvolvimento distintas⁹⁷.

Alertamos para o facto de que no texto original da Diretiva a palavra usada é “*separate*”⁹⁸ e que a tradução portuguesa não foi bem conseguida⁹⁹. Assim, somos da opinião de que os vários parceiros devem desenvolver “*no âmbito de contratos individuais, projetos paralelos e dirigidos à satisfação dos mesmos objetivos*”¹⁰⁰. Só desta forma se conseguirá prosseguir os preceitos da concorrência exigidos pelo legislador europeu e permitir a criação de uma solução passível de comparação.

No que toca ao critério de adjudicação, o n.º 2 do artigo 218.º-C do CCP, aponta como critério da adjudicação a utilizar, o da proposta economicamente mais vantajosa, na sua vertente da melhor relação qualidade/preço. Ponto diferenciador deste mecanismo

⁹⁷ Artigo 218.º - D, n.º 2 do CCP.

⁹⁸ Article 31, n.º 1, §3 The contracting authority may decide to set up the innovation partnership with one partner or with several partners conducting separate research and development activities.

⁹⁹ Também neste sentido cf. FARINHO, DOMINGOS SOARES, cit., 2017, p.21.

¹⁰⁰ Op. Cit., p. 22.

é o facto de que o pagamento pode ser feito de forma faseada, incluindo o pagamento ainda na fase de desenvolvimento.¹⁰¹

O artigo 218.º -D do CCP estabelece que para além da parceria para a inovação dever ser estruturada em fases sucessivas, deve haver também a criação de metas intermediárias e pagamentos fracionados. É importante que para o bom funcionamento da parceria este fracionamento seja feito tendo por base o princípio da proporcionalidade, isto é, que o pagamento de cada fase tem de ser proporcional ao investimento feito pelo privado. Mais uma vez o legislador pretendeu aliciar o setor privado a acreditar neste tipo de procedimentos. Um dos grandes problemas do diálogo concorrencial foi precisamente o facto de toda a parte de investigação e desenvolvimento ficar a cargo do setor privado, o risco corria todo por conta deste sem, no entanto, haver garantias de que o produto final iria ser adquirido.

Durante a execução da parceria, o legislador permitiu à entidade adjudicante agir tendo apenas em consideração se o projeto cumpre a inovação pretendida e a proposta apresentada. Não estando satisfeita a administração é livre de terminar a parceria em qualquer uma das fases ou no caso de haver mais do que um parceiro, terminar com algum destes¹⁰², desde que tal possibilidade seja expressamente prevista.

Outra questão oportuna é o tempo que deve demorar a parceria para a inovação. Facto é que nem o legislador europeu, nem o legislador português, em lado algum, estabelecem esse limite. Aquilo que nos parece é que deve ser a entidade adjudicante a estabelecer este limite para cada uma das fases da parceria, proporcionalmente.

Chegamos então ao momento da conclusão da parceria. Se por um lado o regime constante do CCP é algo duvidoso, na medida em que deve ou não a entidade adjudicante adquirir a solução final, o regime constante da diretiva é bem mais claro, estabelecendo que “*a parceria para a inovação deve visar o desenvolvimento de produtos, serviços ou obras inovadores e a posterior aquisição dos fornecimentos, serviços ou obras daí resultantes, desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e custos máximos previamente acordados entre as autoridades adjudicantes e os participantes*”. Assim, a entidade adjudicante só é obrigada a adquirir a solução final se a fase de aquisição estiver

¹⁰¹ Para nós faz todo o sentido que assim seja, pois só assim este procedimento se tornaria aliciente para o setor privado.

¹⁰² Artigo 218.º -D, n.ºs 5 e 6 do CCP.

prevista e, estando, o produto final corresponder aos níveis de desempenho e custos máximos estabelecidos¹⁰³.

3. O estranho caso do artigo 301. -A do CCP

Terminada a aplicação do regime previsto no CCP, resta-nos analisar o principal problema levantado pela parceria para a inovação. Dada a sua natureza complexa de comportar em si dois procedimentos distintos que seguem um único regime, torna-se de difícil perceção distinguir onde termina o procedimento pré-contratual e onde se inicia a execução do contrato. Isto é, a partir de que momento deixamos de aplicar a parte II do CCP e nos passamos a reger pela parte III do mesmo.

É neste ponto que o legislador português mais se afastou da Diretiva. Analisando o conteúdo da Diretiva, esta apenas rege a parte pré-contratual do procedimento, não fazendo menção a nenhuma menção ao regime substantivo. Já o legislador português, inovou e acrescentou ao rol de artigos do código o artigo 301.º - A sob a epígrafe “Contratos com forte componente de inovação”. O n.º 1 do referido artigo define o que devemos entender como contratos suscetíveis da sua aplicação: “*é reconhecida a especificidade dos contratos cujo objeto abranja prestações particularmente ligadas à inovação sob qualquer das suas formas, como os contratos emergentes de parcerias para a inovação, ou relativos à aquisição de serviços sociais, de saúde ou ensino, ou de serviços de investigação e desenvolvimento*”.

A ideia do legislador foi garantir que houvesse um regime substantivo que acautelasse as especificidades introduzidas com o novo procedimento da parceria para a inovação¹⁰⁴.

O artigo 301.º -A na alínea a), do seu n.º 2 classifica a parceria para a inovação como sendo um contrato com forte componente de inovação, na medida em que um dos seus âmbitos de aplicação se refere a contratos cuja definição das prestações contratuais seja feita com base em resultados a atingir, ainda que esses resultados possam não vir a ser garantidos. como tivemos já oportunidade de ver, a parceria para a inovação é um

¹⁰³ Cf. MATOS, SARA YOUNIS DE, cit., p. 75 e também FARINHO, DOMINGOS SOARES, cit., 2017, p. 23.

¹⁰⁴ MATOS, SARA YOUNIS DE, Op. Cit., p.93.

procedimento de resultados. Resultados estes que podem ou não vir a verificar-se, terminando a parceria por isso mesmo.

A alínea b) traduz a *“possibilidade de adoção de mecanismos de pagamento associados ao grau de obtenção dos objetivos e resultados, podendo dar origem a situações de ausência de remuneração, com ou sem reembolso dos valores despendidos, bem como a situações em que a remuneração apenas se torna certa após o final da execução das prestações do cocontratante”* o que atribui uma maior segurança à entidade adjudicante. O facto de a remuneração ser construída com base numa lógica de objetivos, permite salvaguardar a administração pública do perigo de conduzir projetos arriscados, nos quais a solução pretendida pode nunca chegar a existir. Por outro lado, este tipo de norma afasta o interesse do setor privado em participar na parceria. O risco que corre ao fazer um investimento avultoso num projeto que pode nem chegar a ser realizado, sem ser remunerado ou ter hipótese de reembolso, afugenta a participação do setor privado.

Clara é a importância da proporcionalidade nas diversas fases do procedimento e quando aqui falamos de proporcionalidade referimo-nos ao facto de que a remuneração deve ser proporcional ao investimento e este último deve ser proporcional à fase de investigação ou desenvolvimento em que se encontrar. Só desta forma conseguimos manter o interesse da administração pública e do setor privado na parceria.

Na alínea c) o legislador resume mais uma das características da parceria para a inovação, não só porque novamente refere a contratação por resultados, mas porque estabelece que esse pagamento só é feito se o resultado cumprir os requisitos exigidos à priori e a satisfação da administração pública. Acresce apenas, a avaliação desses requisitos por uma autoridade competente.

O legislador confere na alínea d) poderes de fiscalização ao contraente público para controlo das diferentes fases do procedimento e do grau de superação dos objetivos estabelecidos.

A alínea e) consagra a possibilidade de modificação objetiva do contrato permitindo a flexibilização das prestações contratuais e dos indicadores de controlo dos resultados.

Por fim, a alínea f) consagra a faculdade de a administração pública por termo ao contrato em qualquer uma das fases intermédias do contrato. Já tivemos oportunidade de ver que este caso terá sempre de cumprir requisitos específicos.

Olhando para cada uma destas alíneas constatamos que nos são familiares. Na verdade, comparando o regime da parceria para a inovação com as alíneas do artigo 301.º - A notamos uma vontade do legislador consagrar no regime substantivo do CCP as principais novidades trazidas por este procedimento, tentando evitar um vazio legal.

A questão que aqui se levanta prende-se com a transição do procedimento pré-contratual para a execução do contrato, ou seja, saber até que momento ainda estamos na parceria enquanto procedimento pré-contratual (e logo impugnável como tal) ou já adquirimos o bem ou o serviço final e como tal estamos em vida do contrato (ou seja, Parte III).

A parceria para a inovação por ser um procedimento que engloba em si dois procedimentos, consagra no seu regime normas aplicáveis na fase pré-contratual e normas aplicáveis na execução do contrato. O legislador europeu, no entanto, não faz essa distinção no texto das diretivas.

O artigo 286.º do CCP, sob a epígrafe princípios fundamentais [da execução do contrato], estabelece que “*o contrato constitui, para o contraente público e para o cocontratante, situações subjetivas ativas e passivas que devem ser exercidas e cumpridas de boa-fé e em conformidade com os ditames do interesse público, nos termos da lei*”. Para definirmos a fase de execução do contrato, num procedimento complexo como a parceria para a inovação, temos de perceber a partir de que momento é que se inicia a prática de “*situações subjetivas ativas e passivas*”.

A situação ativa é uma posição de vantagem de um dos sujeitos da relação jurídica em relação ao outro e que pressupõe a existência de um direito subjetivo, o poder de exigir à outra parte uma conduta obrigatória que advém do negócio jurídico celebrado. Transpondo esta posição para a parceria para a inovação, a situação ativa pertence ao contraente público a partir do momento em que estabelece, após a negociação das propostas, os critérios para a satisfação da sua necessidade, as fases e as remunerações a elas associadas. Só aqui, a entidade adjudicante fica em posição de exigir algo ao co-contratante.

Cabe assim ao co-contratante desempenhar a situação passiva da parceria. É o co-contratante que tem a seu cargo cumprir o pedido da entidade adjudicante, isto é, cumprir os requisitos definidos para cada uma das fases da parceria, nomeadamente no que respeita aos requisitos de inovação e de satisfação das necessidades da administração pública.

Posto isto, conseguimos depreender que quando o legislador europeu estabelece no segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 31.º que “*A parceria para a inovação deve ser estruturada em fases sucessivas (...) deve fixar as metas intermédias que devem ser alcançadas pelos parceiros e prever o pagamento da remuneração em frações adequadas*”, está a legislar para a fase de execução do contrato¹⁰⁵.

Somos assim da opinião de que a fase pré-contratual termina no fim das negociações entre a entidade adjudicante e o/os candidato/candidatos, definindo os termos e os critérios em que decorrerá a parceria, antes de se iniciar a fase de investigação e desenvolvimento.

A partir do momento em que se inicia a fase de investigação e desenvolvimento já estamos no âmbito do regime da execução do contrato. A entidade adjudicante já adjudicou a prestação do serviço inovador a um ou vários candidatos, criando o dever do candidato corresponder às expectativas da entidade pública, e por expectativas referimo-nos ao critério de inovação e de satisfação da sua necessidade, sob pena de o contraente público terminar o contrato.

O passo seguinte é a comercialização do produto. Terminado o período de desenvolvimento com a apresentação da solução, a entidade adjudicante decide se adquire, ou não, o produto final.

Num procedimento como o diálogo concorrencial, a entidade adjudicante teria de abrir mão a um novo procedimento para aquisição da solução final. No caso da parceria para a inovação a entidade adjudicante pode optar por não ficar com o produto desde que verificados os requisitos que tivemos oportunidade de estudar anteriormente.

¹⁰⁵ Cf. neste sentido RAIMUNDO, MIGUEL, cit., quando refere a propósito da semelhança da parceria para a inovação com um contrato de formação sucessiva “que cada fase ou período contratual depende do cumprimento dos objetivos da anterior”.

Como nota final importa ainda referir dois apontamentos face ao carácter inovador das próprias parcerias para a inovação.

Pedro Costa Gonçalves¹⁰⁶ considera as parcerias para a inovação são a novidade correspondente à introdução do diálogo concorrencial em 2004, apresentada à data como uma novidade de grande alcance, mas que, em Portugal, a sua utilização “*foi pouco mais do que insignificante*”. Remata afirmando reconhecer que a nova figura pode constituir uma alavanca para a melhor utilização estratégica da contratação pública para fomentar a inovação, conforme consta do considerando n.º 47 da Diretiva 2014/24/UE tendo, no entanto, algumas dúvidas sobre o potencial de aplicação prática (generalizada ou não) desse procedimento.

Por sua vez, **João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez**¹⁰⁷ consideram que estas novidades que têm “*mais sentido político do que jurídico como seja a criação de um novo tipo procedimental vocacionado para a inovação (parcerias para a inovação) e a reformulação do anterior tipo procedimental que assumia idêntica vocação inovatória (o diálogo concorrencial)*”. Afirmam ainda estes aspetos ficaram longe de afetar o perfil do quadro normativo criado em 2004, “*pois uma a apreciação cuidada que, dois anos após a sua aprovação, já foi possível formular acerca das Diretivas de 2014 confirma que estas surgem marcadas por uma estratégia de inequívoca continuidade, preservando o essencial dos tipos procedimentais disponíveis para adoção pelas entidades adjudicantes e do regime aplicável à respetiva tramitação*”.

E conforme refere **Sara Younis de Matos**¹⁰⁸ “*o sucesso da parceria para a inovação dependerá, desde logo, da profissionalização dos compradores públicos e da respetiva adesão a soluções que favoreçam a inovação, o que implica uma alteração do paradigma bipolar da contratação pública em Portugal de alternância entre o ajuste directo e procedimentos concursais*”.

¹⁰⁶ GONÇALVES, PEDRO COSTA, A “nova Contratação Pública” nas Diretivas de 2014, in La Nueva Contratación Pública, Atas do I Congresso da Rede Internacional de Direito Europeu, Toledo, 13 e 14 de novembro de 2014, p. 23.

¹⁰⁷ ALMEIDA, JOÃO AMARAL E e SÁNCHEZ, PEDRO FERNÁNDEZ, Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos, 2016, p. 9

¹⁰⁸ MATOS, SARA YOUNIS DE, cit., p. 80.

CAPÍTULO V- BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Enquadramento

Ao longo do presente estudo fomos tocando diversas questões, que de uma forma ou de outra geram preocupação no âmbito da aplicação da parceria para a inovação. Como não queríamos roubar protagonismo ao mecanismo em questão, limitámo-nos a tecer breves notas, tendo consciência de que levantávamos o véu ao problema.

Decidimos que ainda antes da conclusão, deveríamos, sem nos alongarmos muito de tecer um pequeno enquadramento a cada uma das questões que não foram devidamente apreciadas no decorrer da análise crítica do regime e aplicação da parceria para a inovação.

2. Salvaguarda de Princípios Basilares da Contratação Pública

Desde o início do nosso estudo que temos salientado que uma das grandes mudanças introduzida pelas Diretivas de 2014 se prende com a prossecução de um novo objetivo, a introdução da inovação nos ordenamentos jurídicos europeus e que com isto há uma quebra com alinhamento trazido pelas Diretivas de 2004 onde a concorrência era a rainha.

Queremos deixar claro que este novo panorama não apagou a concorrência do mapa da contratação pública europeia, antes pelo contrário. O legislador deixa bem definido ao longo da diretiva que, embora com a inovação se flexibilize o procedimento, nunca, em momento algum, a concorrência pode ser deturpada.

Há que ter consciência que o procedimento da parceria para a inovação requer um esforço muito grande por parte da administração para não haver qualquer tipo de

favorecimento, uma vez que é um procedimento que envolve a negociação de propostas¹⁰⁹.

Associado ao problema da concorrência, surge o da transparência. A contratação pública tem caminhado a passos largos para que todos os procedimentos e todas as decisões praticadas sejam tornadas públicas reduzindo-se assim, o risco de fraude à lei.

Um procedimento que tem na sua essência a redução dos requisitos iniciais que são dados a conhecer aos concorrentes, ainda que simples e perceptíveis, com a intenção de que seja o próprio candidato a densificar e a adivinhar o que a administração pública quer, reflete a necessidade de se documentar todo o procedimento através, por exemplo, de relatórios, promovendo não só a transparência dos passos dados em cada uma das fases¹¹⁰.

Outro dos princípios que pode ver o seu cumprimento desvirtuado é o princípio da não discriminação. Procedimentos em que haja lugar a uma fase de negociações correm sempre um risco maior de violar aspetos gerais da contratação pública.

Numa primeira fase, este princípio é colocado em risco no momento da escolha de entidades para a realização da consulta preliminar ao mercado. Tal como tivemos já oportunidade de afirmar, na consulta preliminar ao mercado é a entidade adjudicante que escolhe as entidades privadas convidadas. Consequências? Convidar apenas as entidades com quem já trabalhou, que já conhece, deixando fora do procedimento entidades mais qualificadas e que até poderiam apresentar melhores propostas.

Numa segunda fase, este princípio é colocado em risco aquando das negociações. A entidade adjudicante ao ter conhecimento das propostas de todos os candidatos e negociando com eles até à apresentação da proposta final, deve manter-se sempre imparcial tendo como objetivo único a prossecução do interesse público.

Já na fase de execução do contrato surge nova possibilidade de violar o princípio da não discriminação, uma vez que a entidade adjudicante pode em qualquer uma das fases terminar o contrato, desde que devidamente fundamentado. Problema: a

¹⁰⁹ GRAELLS, A. SÁNCHEZ, “Public procurement and state aid: reopening the debate?”, *Public Procurement Law Review*, n.º 6, 2012, p. 2.

¹¹⁰ Cf. FARINHO, DOMINGOS SOARES, cit., 2017, p. 18, ainda que numa perspetiva diferente. Enquanto nós defendemos a documentação de todo o procedimento, aquele autor apenas refere o relatório aquando a realização da consulta preliminar ao mercado.

densificação deste fundamento. Mais uma vez o legislador utiliza critérios que apelam à discricionariedade da entidade adjudicante, nomeadamente a satisfação com o grau de inovação da solução.

3. Os Direitos de Propriedade Intelectual

Ao longo da problematização da aplicação do regime da parceria para a inovação, tecemos alguns considerandos à questão dos direitos de propriedade intelectual. A ideia de falar novamente neles tem como objetivo realçar a sua importância como incentivo à continuidade da parceria e ao respeito pela confidencialidade.

No considerando 128, o legislador é claro: “*A troca de informações fica sujeita às legislações nacionais em matéria de confidencialidade*”. Ora, sempre que há uma fase de negociações há troca informações e como tal a entidade adjudicante está obrigada a manter a confidencialidade no que diz respeito às soluções propostas e às suas especificações técnicas.¹¹¹

Deve então ser acautelada, pela entidade adjudicante, a concessão indevida de informações sobre as propostas de um concorrente para com os diversos concorrentes presentes na fase de negociação.

Caso semelhante é o da parceria celebrada com mais do que um concorrente, em que os vários concorrentes prosseguem o mesmo objetivo, competindo entre si.

A diretiva, no seu artigo 31.º define a forma como deve ser acautelada a confidencialidade¹¹² e os direitos de propriedade intelectual¹¹³. A manutenção destas

¹¹¹ Artigo 21.º, n.º 1 da Diretiva “*a autoridade adjudicante não pode divulgar as informações que lhe tenham sido comunicadas a título confidencial pelos operadores económicos, incluindo, nomeadamente, os segredos técnicos ou comerciais e os aspetos confidenciais das propostas*”.

¹¹² N.º 4 do referido artigo, “*Durante a negociação, as autoridades adjudicantes garantem a igualdade de tratamento de todos os proponentes. Para tal, não facultam de forma discriminatória informações que possam conferir vantagens a um proponente relativamente a outros. Informam por escrito todos os proponentes cujas propostas não tenham sido eliminadas nos termos do n.º 5 sobre quaisquer alterações às especificações técnicas ou a outros documentos do concurso que não aquelas que definem os requisitos mínimos.*”

¹¹³ N.º 6, §3, “*A autoridade adjudicante deve definir, nos documentos do concurso, as disposições aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual. No caso das parcerias para a inovação com vários parceiros, a autoridade adjudicante não pode, em conformidade com o artigo 21.º, revelar aos outros parceiros soluções propostas ou outras informações confidenciais comunicadas por um parceiro no âmbito da parceria*”

figuras garante que a concorrência se mantenha até ao final do procedimento. Noutra perspetiva, o respeito pela confidencialidade garante a prossecução do princípio da igualdade de tratamento entre os concorrentes, todos estão em posições idênticas prosseguindo o mesmo objetivo.

4. A Modificação da Parceria

Para compreendermos este ponto, temos primeiro de perceber quando é que é feita a transição do procedimento pré-contratual para a execução do contrato. Como já tivemos oportunidade de ver anteriormente, na nossa opinião, a transição dá-se quando se inicia a fase de investigação e desenvolvimento.

Ora, alguns autores¹¹⁴ questionam se o facto de se estabelecerem fases, metas e requisitos durante a investigação e o desenvolvimento, que podem, em qualquer uma dessas, conduzir ao fim do contrato para um candidato, por iniciativa da administração pública, não implicaria a aplicação do regime da modificação do contrato, uma vez que já estamos no âmbito da execução do contrato.

No nosso entender e tratando-se a parceria para a inovação de uma figura *suus generis*, complexa e com uma tramitação inovadora, não nos parece que faça assim tanto essa falta de regulamentação.

Não nos podemos esquecer que estamos perante um procedimento de investigação & desenvolvimento e que este requer condições específicas. Num processo de criação não há forma de prever o que pode acontecer. Mesmo com um projeto delineado, à medida que se avança no seu desenvolvimento os imprevistos podem ser mais do que muitos.

Por ser um procedimento tão específico, com uma certa imprevisibilidade associada, o facto de poder haver lugar a mutações no procedimento ao longo da fase de execução não nos choca. Mais, a possibilidade de haver uma alteração da situação jurídica, dos objetivos e dos requisitos estará, obrigatoriamente, definida *à priori*¹¹⁵.

sem o consentimento deste último. Esse consentimento não pode ser dado em termos gerais, mas sim referir-se especificamente à projetada comunicação de informações específicas”.

¹¹⁴ Cf. MATOS, SARA YOUNIS DE, cit., p. 75.

¹¹⁵ Artigo 31.º, n.º 2 da diretiva “(...) desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e custos máximos previamente acordados entre as autoridades adjudicantes e os participantes”.

Se a possibilidade da alteração está definida à priori e resulta de acordo entre as partes, faz assim tanta falta inclui um regime específico da modificação contratual? Custa-nos a crer.

5. Adesão à Parceria para a Inovação

Quando em 2004, com as anteriores diretivas, foi criado o procedimento do diálogo concorrencial a expectativa de que a administração optasse por este procedimento era muita, no entanto tal não se veio a verificar. Foram muito poucos os serviços que usaram esta figura. Razões que justifiquem tal comportamento? Podemos ir das mais óbvias às mais complexas.

Trata-se de um procedimento moroso que procura encontrar uma solução inovadora e que tem de ser inovadora (parcial ou totalmente), é arriscado para a entidade pública que tem de aceitar fazer um grande investimento numa coisa que nem sabe se vai colmatar a sua necessidade. E para além disto tudo, no fim só tem o produto após lançar novo procedimento de adjudicação.

Claro é que a administração pública não encarou este procedimento como algo benéfico e continuou a prática da sua atividade como se ele fosse meramente decorativo.

Com a parceria para a inovação, temos razões para crer que o desfecho vai ser semelhante. Este continua a ser um procedimento longo, moroso, sem previsão para finalização e envolve um grande investimento de parte.

É certo que desta vez o legislador teve algum cuidado e acautelou algumas das críticas feitas ao procedimento anterior, nomeadamente repartiu o risco pelas duas entidades (o setor privado investe na investigação e desenvolvimento da solução, enquanto a entidade adjudicante remunera após a concretização das metas pré-definida, obviamente todo este processo tem de ser proporcional) e fundiu na parceria o procedimento de investigação e desenvolvimento e o procedimento de aquisição, encurtando de certa forma a morosidade do procedimento.

Será isto suficiente para atrair a atenção da administração pública? Não nos parece, na medida em que o que achamos estar aqui em cima da mesa é a existência de uma administração pública retrógrada, com dificuldade em aceitar novidades.

Numa visita rápida ao portal da contratação pública, fazendo uma procura simples na categoria de anúncios com a palavra chave “parceria para a inovação” e temos um

anúncio datado de abril de 2019¹¹⁶. Embora as diretivas datem de 2014, em Portugal a transcrição apenas entrou em vigor a 1 de janeiro de 2018.

Outro dos entraves é o facto de este procedimento exigir um nível de qualificação da entidade adjudicante que em Portugal não existe. É um procedimento complexo, e que exige muito de uma administração pública tradicional e formatada para a celeridade e eficácia de determinados procedimentos.

¹¹⁶http://www.base.gov.pt/Base/pt/ResultadosPesquisa?type=anuncios&query=texto%3Dparceria%2Bpara%2Ba%2Binova%25C3%25A7%25C3%25A3o%26numeroanuncio%3D%26emissora%3D%26desdedatapublicacao%3D%26atedatapublicacao%3D%26desdepreco-base_false%3D%26desdepreco%3D%26atepreco%3D%26atepreco%3D%26tipomodelo%3D%26tipocontrato%3D%26ativo%3D%26contrato%3D

CONCLUSÕES:

Numa era em que a contratação pública assume um papel fulcral para o desenvolvimento da economia da União Europeia, torna-se necessário garantir que aquela evolua e se renove acompanhando as mutações que o próprio interesse público sofre.

As diretivas de 2004, fortemente marcadas por um regime mais rígido, dirigidas essencialmente à prossecução da concorrência e da igualdade de tratamento, necessitavam de ser reformadas e adaptadas às novas realidades.

Neste sentido, acreditamos que as diretivas de 2014 consubstanciam um marco no crescendo da participação da contratação pública na economia e na prossecução das políticas de crescimento sustentável. No entanto, acreditamos que esta renovação vem já um pouco tarde, na medida em que a estratégia motivadora do seu conteúdo, a estratégia Europa 2020 está a escassos meses de ser revista. O mundo, a economia e a contratação estão em constante mutação.

As novas diretivas vêm trazer um novo pulmão à contratação pública, conferindo uma maior liberdade de atuação à administração pública deixando, no entanto, bem definido e sublinhado que em momento algum se deve descurar da aplicação dos princípios reguladores da contratação, nomeadamente, dos princípios da igualdade de tratamento, da concorrência e da transparência.

É do nosso apreço o salto que o legislador europeu dá relativamente ao fator motivador desta alteração legislativa. Dez anos depois da legislação europeia escolher a concorrência como base de atuação da administração pública, o legislador define um novo pilar: a inovação. É a nosso ver de extrema importância permitir que a administração pública procure na inovação a prossecução do interesse público, atribuindo em concreto à *“investigação e a inovação, nomeadamente a ecoinovação e a inovação social, [o papel de] impulsores fundamentais do crescimento futuro [tendo sido] colocadas no centro da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”*¹¹⁷.

¹¹⁷ Considerando 47 da Diretiva.

Conseguimos perceber através da escrita, da falta de precisão e de algumas lacunas legislativas que o trabalho do legislador em criar um regime com base na inovação não foi tarefa fácil e será ainda maior na sua aplicação.

O legislador define inovação como sendo “*a implementação de um produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado, incluindo mas não limitado aos processos de produção ou construção, um novo método de comercialização, ou um novo método organizacional nas práticas empresariais, na organização do local de trabalho ou nas relações externas, nomeadamente com o objetivo de ajudar a resolver os desafios sociais ou de apoiar a Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*”. Não é de todo uma definição bem conseguida, aliás, consegue criar mais dúvidas do que propriamente dissipá-las.

Apesar de que a grande viragem da perspetiva europeia para a importância da inovação e da investigação & desenvolvimento surgir em 2010, nas diretivas de 2004 o legislador introduziu dois procedimentos com carácter inovatório, o diálogo concorrencial e o procedimento de negociação

No diálogo concorrencial o grande fator inovatório prendia-se, em 1º lugar com o facto de a entidade adjudicante não conseguir definir a prestação característica do objeto do contrato e em 2.º lugar com a particularidade de o caderno de encargos ser elaborado em conjunto com os concorrentes. Problema: só permite chegar ao desenvolvimento da solução que só pode ser testada após a adjudicação. Adjudicação essa que para ser feita é necessário recorrer a novo procedimento contratual.

O facto de em 2004 não existir uma definição de inovação (fator condicionante para a escolha deste procedimento), de este ser um procedimento um tanto ou quanto demorado e que não oferece garantias à administração, porque esta, efetivamente, vai adquirir um produto que não sabe se satisfaz ou não o fim para que foi criado e por isso o risco corre por sua conta, contribuíram para que a administração pública não recorresse, com a frequência expectável, ao uso deste procedimento.

No procedimento de negociação, apesar de exigências as serem as mesmas do diálogo concorrencial, a administração pública sabe, à priori aquilo que quer limitando-se a negociar com o mercado a melhor solução para a sua necessidade com base num caderno de encargos já construído. Aqui o fator inovatório é apenas a discussão com as entidades privadas em busca da melhor solução.

Em 2014, o legislador tentou colmatar algumas das falhas da primeira geração de diretivas, introduzindo um conceito de inovação e criando um procedimento pré-contratual: a parceria para a inovação.

A parceria para a inovação é nada mais nada menos do que um procedimento em que a administração procura solucionar um problema cuja resolução ainda não se encontra no mercado, obedecendo a um conjunto de requisitos e adquirir essa solução.

O facto de a parceria para a inovação permitir, no âmbito de um mesmo procedimento, não só a investigação e o desenvolvimento necessário de um bem, serviço ou obra não existente no mercado, como a sua posterior aquisição, por parte das autoridades adjudicantes, apresenta-se assim como um instrumento dotado de maior flexibilidade ao longo de todo o procedimento.

O regime jurídico específico previsto na diretiva parece-nos extenso, complexo e disperso. Na tentativa de precaver eventuais vazios legais, o legislador manda aplicar supletivamente o regime da negociação. Criticamos ainda, a utilização, por parte do legislador europeu, de conceitos indeterminados para definir o que é a parceria e os requisitos que a compõem, dificultando a sua correta aplicação.

O legislador português não foi diferente. Esperava-se o aproveitamento desta alteração legislativa para se criar um novo código dos contratos públicos e suprimir os diversos problemas que existiam no código de 2008. Para admiração de muitos, o legislador limitou-se a enxertar no código de 2008 as alterações introduzidas dificultando ainda mais a tarefa da administração na sua aplicação.

No que respeita à parceria para a inovação o legislador decalcou o regime da diretiva, utilizando os mesmos termos, sem qualquer tipo de densificação.

Após o estudo deste tipo de parceria, diversos são os riscos que podemos indicar como estando-lhes associados, como é o caso de a parceria ser usada como forma de restringir o mercado e falsear a concorrência, a possibilidade de favorecimento face à dificuldade de definição de critérios, nomeadamente quanto à adjudicação, ou ainda o risco de avaliação de propostas num momento eventualmente prematuro.

Com vista a reduzir estes riscos mostra-se essencial que nos documentos do concurso sejam salvaguardados aspetos essenciais, como os direitos de propriedade intelectual, a relação de proporcionalidade entre as fases, o investimento e a respetiva

remuneração, os critérios que medem o grau de inovação e de satisfação da entidade pública.

Muitas vezes, no momento de aplicação de procedimentos com carácter inovador conseguimos detetar qual o elemento inovatório mas não conseguimos descrever em que medida podemos calcular o grau de inovação.

Destacar que o princípio da proporcionalidade é aqui muito importante na medida em que garante o interesse das duas partes da parceria em mantê-la. O facto de se remunerar proporcionalmente à prossecução das metas estabelecidas inicialmente, cumprindo os requisitos de inovação e satisfação da entidade adjudicante faz com que o risco corra por conta das duas partes, tornando o procedimento mais atrativo para ambas.

Por fim, realçar a atuação do legislador no único momento em que foi para lá do texto da diretiva e cria um artigo referente à parceria para a inovação na parte III do código (execução do contrato), o que para nós faz todo o sentido porque se a parceria para a inovação consagra dois procedimentos num só, em que o segundo depreende que haja execução do primeiro, era de todo importante adaptar uma norma que fosse compatível com as especificações da parceria. Crítica: a linguagem utilizada deveria, na nossa opinião, ser mais clara permitindo ao interprete destrinçar imediatamente o momento em que se transita do regime da parte II para o regime da parte III, para que não se corra o risco de haver aplicação do regime errado.

Deixar duas notas finais:

A parceria para a inovação é um procedimento bastante complexo e que pela quantidade de fases que acarreta é propício a ser moroso. A administração pública portuguesa não prima pela sua capacidade de saber gerir calendários e quando procura um procedimento para aquisição de um bem, seja de que tipo for, a celeridade do procedimento é fator importante. Posto isto, não nos parece que este tipo de procedimento vá ter a adesão expectável, primeiro pela complexidade e segundo pela morosidade.

O procedimento da parceria para a inovação pressupõe a existência de uma administração pública qualificada, com conhecimentos técnicos suficientes para avaliar a qualificação dos concorrentes, determinar o grau de inovação pretendido e medir a satisfação desse grau. Acontece que essa não é a nossa realidade. A nossa administração

pública é na sua maioria pouco qualificada, pelo que o legislador português deveria ter concretizado um pouco dos requisitos dessa qualificação e respetiva quantificação.

BIBLIOGRAFIA:

AMARAL E ALMEIDA, JOÃO, SÁNCHEZ, PEDRO FERNÁNDEZ, Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos – Regime da Contratação Pública, 2016.

ANDRECKA, MARTA, , Innovation Partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues? *Public Procurement Law Review*, n. ° 2, 2015.

ARROWSMITH, S. The law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK , Londres, Thomson Reuters, 3ª edição, 2014.

ARROWSMITH, S., TREUMER, S., “Competitive dialogue in EU law: a critical review”, in ARROWSMITH, S., TREUMER, S. *Competitive dialogue in EU procurement* (Cambridge University Press 2012).

EDQUIST, CHARLES et al. (ed.), Public Procurement for Innovation, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2015.

ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO, ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO, Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública, Coimbra, 2011.

ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in: AA.VV., Estudos de Contratação Pública I. Org. Pedro Gonçalves, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, Curso de Direito dos Contratos Públicos, Almedina, 2012.

FARINHO, DOMINGOS SOARES, Contratação pública e inovação: uma reflexão lusófona a partir do caso português, in FONSECA, ISABEL CELESTE (ed.), Atas da II Conferência Internacional sobre Compras Públicas, Braga, Universidade do Minho, 2017,

2017, consultado online em [https://www.academia.edu/35700439/Contratação pública e inovação uma reflexão lusófona a partir do caso português](https://www.academia.edu/35700439/Contrata%C3%A7%C3%A3o_p%C3%BAblica_e_inova%C3%A7%C3%A3o_uma_reflex%C3%A3o_lus%C3%B3fona_a_partir_do_caso_portugu%C3%AAs)

FARINHO, DOMINGOS SOARES, Regras especiais de contratação pública: os serviços sociais e outros serviços específicos, in Atas da Conferência - A Revisão do Código dos Contratos Públicos, Coord. ESTORNINHO, MARIA JOÃO e MARTINS, ANA GOUVEIA, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas/Centro de Investigação de Direito Público, 2016.

GOMES, PEDRO CERQUEIRA, Alterações em procedimentos, in *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, Grupo de Contratação Pública, 2016, p. 30.

GONÇALVES, JOANA DE MATOS FERNANDES, “As Parcerias para a Inovação: Uma Inovação?” in FONSECA, ISABEL CELESTE M., (Coord.), Atas I Congresso Sobre Compras Públicas – Para Uma Contratação Pública Estratégica, Braga, Edição NEDip – Núcleo de Estudos de Direito Ius Publicum, ELSA UMINHO e ARAP – Autoridade Reguladora das Aquisições Públicas (Cabo Verde) 2015.

GONÇALVES, PEDRO COSTA, A “nova Contratação Pública” nas Diretivas de 2014, in *La Nueva Contratación Pública*, Atas do I Congresso da Rede Internacional de Direito Europeu, Toledo, 13 e 14 de novembro de 2014.

GRAELLS, A. SÁNCHEZ, “Public procurement and state aid: reopening the debate?”, *Public Procurement Law Review*, n.º 6, 2012.

KIRKBY, MARK, “O diálogo concorrencial” in GONÇALVES, PEDRO COSTA (ed.), *Estudos de Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

RAIMUNDO, MIGUEL, “Uma primeira análise das novas directivas (parte II)”, In: *Revista de Contratos Públicos*, n.º10, Coimbra, 2014.

REBELO DE SOUSA, MARCELO, MATOS, ANDRÉ SALGADO

MATOS, Direito Administrativo Geral, III, 2.^a ed., Lisboa, 2009.

VIANA, CLÁUDIA, “O diálogo concorrencial”, in Revista de Contratos Públicos, n.º 1 (Janeiro – Abril), 2011.

VILLENEUVE-SMITH, FRANK e BLAKE, JULIA, The art of the possible in public procurement, London, Bates Wells Braithwaite, 2016.

DOCUMENTOS OFICIAIS:

COM(2010) 2020 final, Comunicação da Comissão, EUROPA 2020 - Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, versão em português.

Comissão Europeia, COM (2006) 502 final, O Conhecimento em ação: uma estratégia alargada para a UE no domínio da inovação, Bruxelas, 2006.

Comissão Europeia, COM (2007) 799 final, Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa, Bruxelas, 2007.

Comprender as Políticas da União Europeia: Investigação e Inovação, Comissão Europeia, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, União Europeia, 2014, p. 4, disponível em https://europa.eu/european-union/topics/research-innovation_pt.