



Update

Momentum



Público

17 de agosto de 2015

PUBLICADA A NOVA LEI DAS PLATAFORMAS ELETRÓNICAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

(LEI N.º 96/2015, DE 17 DE AGOSTO)

1. Foi hoje publicada no *Diário da República* a nova lei reguladora da *disponibilização e utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública*, dando cumprimento à obrigação de transposição do artigo 29.º da Diretiva n.º 2014/23/UE, do artigo 22.º e do Anexo IV da Diretiva n.º 2014/24/UE e, bem assim, do artigo 40.º e do Anexo V da Diretiva n.º 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. A nova Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, ao substituir a anterior disciplina jurídica que se encontrava dividida em dois diplomas anteriores, permite a revogação da Lei n.º 143-A/2008, de 25 de julho, e a Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de julho.

Esta nova disciplina jurídica – que entrará em vigor 60 dias após a data da sua publicação – vem responder à necessidade *urgente* de regulação de uma matéria crucial para o correto funcionamento do sistema português de contratação pública, sabendo-se que, devido à opção legislativa nacional pioneiramente assumida em 2008 pelo Código dos Contratos Públicos – agora seguida, com a nova geração de Diretivas de 2014, pelo legislador europeu –, não é exequível o cumprimento das exigências de concorrência, igualdade e não discriminação, transparência e eficiência na prossecução do interesse público, no âmbito de um procedimento de formação de contratos públicos, se as infraestruturas em que cada procedimento assenta não obedecem aos requisitos que se mantinham até hoje previstos, de modo *insuficiente e lacunoso*, pela legislação aprovada em 2008.

Na verdade, mais grave do que a insuficiência na regulação *substantiva* do setor das plataformas eletrónicas mostrava ser a inexistência de uma entidade dotada de uma competência genérica para *fiscalizar* e assegurar – se necessário de forma sancionatória – o cumprimento das exigências já hoje vigentes no ordenamento, sendo manifesto que o Centro de Gestão da Rede Informática do Governo (CEGER) – entidade a quem o Despacho n.º 32639-A/2008, de 19 de dezembro, designou para exercer as funções de entidade supervisora das plataformas eletrónicas – não só não parecia mostrar o perfil adequado para tais funções – que requerem um conhecimento especializado do Direito da Contratação Pública – como, em qualquer caso, não havia recebido as competências para tal fiscalização.

Significava isto, por outras palavras, que, até ao momento, a generalidade dos requisitos e exigências aplicáveis às plataformas de contratação pública constavam de *normas sem sanção*, estando as entidades adjudicantes virtualmente indefesas perante situações de incumprimento de obrigações suscetíveis de prejudicar o decurso de um procedimento de contratação pública – com prejuízos tanto para o interesse público que subjaz ao contrato quanto para os operadores económicos em geral.

Neste sentido, a escolha do (futuro) Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (IMPIC), em coordenação com o Gabinete Nacional de Segurança (GNS), para o exercício das funções gerais de licenciamento, monitorização e fiscalização das plataformas eletrónicas (cfr. artigos 7.º e 8.º da nova Lei) tem de ser considerada muito meritória, preenchendo o vazio competencial hoje sentido, crendo-se que tal opção deve ser aplaudida pelas próprias entidades gestoras que serão submetidas à sua fiscalização.

2. Além deste avanço mais visível, merece a pena sublinhar **sete outros aspetos inovadores** trazidos pela Lei n.º 96/2015 – aqui enumerados de forma não exaustiva – que justificam também o aplauso dos operadores jurídicos:

a) Primeiro, é finalmente promovida uma densificação dos “*serviços base*” que devem ser prestados gratuitamente aos operadores económicos, com vista a assegurar o desenvolvimento total e completo dos procedimentos pré-contratuais (artigos 23.º e 24.º), distinguindo-os dos “*serviços avançados*” que, por não serem imprescindíveis para o desenvolvimento daqueles procedimentos, podem depender do

pagamento de um preço (artigo 25.º). Corrige-se, deste modo, o equívoco que consistia na circunstância o legislador vir afirmando desde 2008 a ideia de gratuitidade do acesso às plataformas de contratação sem, contudo, esclarecer quais as funcionalidades que deveriam estar incluídas nos serviços gratuitos e, em consequência, permitindo diferentes práticas interpretativas pelas diversas entidades gestoras.

b) Segundo, relacionado com o ponto anterior, esclarece-se que as funcionalidades obrigatoriamente disponibilizadas pela plataforma devem incluir, no mínimo, a concessão de *três acessos em simultâneo* aos serviços base, apenas sendo possível cobrar um preço aos operadores económicos pela disponibilização de um número superior àqueles três acessos ou pela prestação de serviços avançados (n.ºs 2 e 3 do artigo 23.º).

c) Terceiro, é enfatizada com maior vigor a obrigação de assegurar que as plataformas jamais são utilizadas como instrumento de diminuição da concorrência e de restrição de acesso a procedimentos de contratação: é obrigatória a manutenção de disponibilidade permanente das plataformas (artigo 28.º); é proibida a discriminação entre operadores através da eventual exigência de produtos, aplicações ou programas incompatíveis com os produtos de uso corrente no mercado ou da fixação de requisitos que sejam de algum modo injustificados ou não proporcionais (artigo 29.º, n.ºs 1 e 2); é exigida a utilização de aplicações e programas de fácil instalação e utilização (artigo 29.º, n.º 4); é ainda requerido o recurso a normas abertas que não envolvam custos específicos de licenciamento pelos utilizadores (artigo 30.º, n.º 1, alínea a)).

d) Quarto, as alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 30.º determinam que as plataformas assegurarão o *envio de mensagens de correio eletrónico* para todos os intervenientes em cada fase do procedimento de contratação, corrigindo a prática recente que vinha pressupondo que o dever constitucional de notificação de atos administrativos (cfr. n.º 3 do artigo 268.º da Constituição) ficaria cumprido com a mera afixação de avisos em plataformas eletrónicas cujo uso o administrado não escolheu e lhe foi imposto. Impondo um meritório contraste com a *lamentável* tendência revelada, no âmbito do Direito Administrativo geral, pela alínea c) do n.º 1 e pela alínea a) do n.º 2 do artigo 112.º do novo CPA, a Lei n.º 96/2015 assegura que, pelo menos no domínio do Direito da Contratação Pública, a entidade adjudicante *não cumpre* o seu dever de assegurar a notificação dos interessados no procedimento por

meio da mera disponibilização do conteúdo dos atos praticados *na plataforma eletrónica*, antes devendo assegurar, também, o envio de “*mensagens de correio eletrónico*” que informam cada interessado de que tal conteúdo foi disponibilizado na plataforma. Pressupõe o legislador, e bem, que a ideia de notificação, independentemente de ocorrer por via pessoal, postal ou eletrónica, deve envolver um *contacto individualizado*, para o meio que o interessado haja escolhido – recusando que se dispense a autoridade administrativa de assegurar esse contacto e se force o interessado a cumprir o ónus de aceder permanentemente à plataforma para estar certo de que não perde nenhum prazo procedimental que haja decorrido sem o seu conhecimento.

e) Quinto, no tocante às graves dúvidas interpretativas que o anterior regime jurídico vinha mantendo quanto à possibilidade de aceitação de *certificados de validação cronológica (selos temporais)* emitidos por outras entidades de certificação eletrónica, o artigo 55.º esclarece que as plataformas aceitarão quaisquer “selos temporais emitidos por uma entidade certificadora credenciada para a prestação de serviços de validação cronológica”, obrigando-se a garantir, “sempre que solicitado pelas entidades adjudicantes ou pelos operadores económicos”, “no prazo máximo de cinco dias úteis, a integração de novos prestadores de serviços de validação cronológica”.

f) Sexto, a densificação das regras que disciplinam a aposição de assinaturas eletrónicas qualificadas nos documentos elaborados ou preenchidos pelas entidade adjudicante e pelos operadores económicos (artigo 54.º). Neste campo, é especialmente relevante o facto de o legislador ter cuidado em responder à dúvida que a jurisprudência dos Tribunais Administrativos suscitou quanto à questão de saber se a exigência de assinatura nos documentos constitutivos da proposta é satisfeita nos casos em que o concorrente agrupa esses documentos num *ficheiro em formato .ZIP*, apondo a assinatura sobre essa pasta e não sobre cada um dos documentos nela integrados. No n.º 5 do artigo 54.º, é acolhido o entendimento que o Supremo Tribunal Administrativo finalmente emitiu para pacificar esta questão (cfr. Acórdão de 30 de janeiro de 2013 – Processo 1123/12), quando determinou que *a proposta cujos documentos foram compactados num ficheiro em formato .ZIP, sem que os primeiros hajam sido objeto de assinatura eletrónica qualificada, é merecedora de exclusão*.

g) Sétimo, no plano *sancionatório*, a atribuição de eficácia a deveres cruciais para a própria garantia de igualdade e de concorrência em qualquer procedimento de contratação, punindo com maior severidade – entre outras – as condutas das entidades gestoras que permitam o acesso indevido a documentos classificados ou que permitam o acesso extemporâneo das entidades adjudicantes, dos membros do júri ou dos demais participantes no procedimento ao conteúdo das propostas, candidaturas e soluções (cfr. alíneas *b)* a *d)* do artigo 82.º). Visto que o perigo de acesso indevido ou extemporâneo aos documentos procedimentais equivale, potencialmente, a destruir a própria garantia de igualdade de tratamento e de não discriminação no contexto de um procedimento pré-contratual, aplaude-se que o legislador tenha deixado de tolerar tais infrações, evitando o cenário que, até ao momento, também neste ponto, meramente enunciava estes deveres no contexto de normas sem sanção.

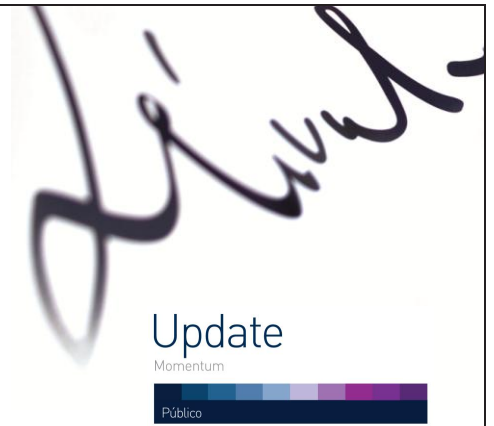
3. O mérito global do novo diploma não esconde, contudo, diversas falhas preocupantes que, em casos limite, quando afetados valores com relevância constitucional, podem até afetar a aplicabilidade de algumas das suas normas e ver a sua constitucionalidade contestada em litígios judiciais. Não obstante ser visível, na versão final publicada no *Diário da República*, a presença de importantes aprimoramentos em face à versão inicial que fora submetida a consulta pública em janeiro de 2015 (versão acessível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-da-economia-e-do-emprego/quero-saber-mais/preciso-de-uma-informacao/20141222-me-consulta-contratacao-publica-eletronica.aspx>), alguns dos problemas detetados, que ainda se mantêm, não deixam de inquietar o intérprete, em razão das graves consequências que podem produzir na esfera de todos os intervenientes (públicos e privados) no mercado da contratação eletrónica.

Não se duvida de que as consequências mais preocupantes podem surgir no **plano sancionatório**. Se a Lei n.º 96/2015 visa responder – com toda a razão – a um cenário atual de inexistência de fiscalização adequada da conduta das entidades gestoras, a nova disciplina legal ameaça cair no extremo oposto, dando origem a um sistema sancionatório inaplicável ou, no mínimo, produtor de graves anomalias concorrenciais:

- i)* O sistema apresenta um *número excessivo* de cláusulas sancionatórias – em especial no caso das infrações graves elencadas no artigo 83.º –, tornando impossível aos operadores no mercado

discernir quais são as condutas prioritariamente censuradas no ordenamento jurídico ou, dito de outro modo, vulgarizando ou tornando corriqueiras as infrações que o legislador realmente pretende combater: o efeito dissuasor de um sistema punitivo para os potenciais incumpridores é tanto *menor* quanto maior o número de cláusulas sancionatórias, visto que – apenas a título de exemplo – a resposta vigorosa que o ordenamento deve dar aos casos de negação de acesso do IMPIC ou do GNS às instalações da entidade gestora ou aos casos de falta de determinação precisa do momento em que uma proposta, candidatura ou solução foram transmitidas – condutas de excecional gravidade que colocam em perigo a fiabilidade do sistema de contratação pública (cfr. alíneas *j*) e *aa*) do artigo 83.º) – deixa de obter suficiente repercussão junto da comunidade jurídica quando a sua punição surge perdida no meio de dezenas de outras cláusulas que descrevem condutas de menor gravidade, ficando despojada da sua importância relativa no sistema sancionatório global. Neste sentido, a circunstância de o legislador ter criado cerca de seis dezenas de cláusulas sancionatórias – tendo algumas delas incluído remissões para outras dezenas de requisitos funcionais, técnicos e de segurança – vulgariza uma estratégia que deveria ser parcimoniosamente reservada para a proteção de bens jurídicos de superior relevância.

- ii)* O sistema prevê a aplicação de sanções com base em remissões para cláusulas genéricas *sem o mínimo de determinação normativa* (por exemplo, a alínea *w*) do artigo 83.º remete para o artigo 27.º, permitindo a punição de qualquer entidade que não tenha satisfeito “*integralmente todas as exigências e condições estabelecidas no CCP no âmbito de cada uma das fases dos procedimentos de formação dos contratos*”), em violação do princípio constitucional da tipicidade das condutas abrangidas por normas sancionatórias, prenunciando incontáveis litígios jurídicos que serão originados por entidades gestoras que seguramente se não conformarão com a aplicação de sanções apoiadas em normas inconstitucionais;
- iii)* Globalmente, ao permitir um incremento desmesurado das sanções potencialmente aplicáveis, o sistema contribui para um grave *efeito anti-concorrencial* no mercado das plataformas eletrónicas: ao mesmo tempo que condiciona rigorosamente as fontes de receita das entidades gestoras e que eleva substancialmente o grau de exigência dos requisitos e condições para o licenciamento das plataformas, também multiplica os custos potenciais associados à aplicação de



dezenas de cláusulas sancionatórias, ameaçando a sustentabilidade financeira requerida para o ingresso e para a permanência na atividade em causa.

4. Ademais – e sem que seja possível proceder também aqui a qualquer enumeração exaustiva –, as deficiências detetadas são ainda visíveis em **dois outros aspetos** de especial gravidade:

a) Primeiro, embora a nova lei enfatize as preocupações de *interoperabilidade, compatibilidade e interligação* com plataformas públicas e entre as próprias plataformas de contratação (artigos 34.º a 36.º), continua a manter o silêncio sobre os termos como se propõe atingir essas metas – algo que, num domínio central como este, cria uma intolerável incerteza sobre toda a comunidade jurídica.

b) Segundo, a redação do n.º 1 do artigo 57.º cria uma preocupante insegurança quanto ao método de *autenticação dos utilizadores* perante as plataformas: essa redação não afasta o entendimento de que os utilizadores têm o direito de se identificarem mediante o mero *recurso a um qualquer nome de utilizador* (cuja identidade não tem de ser comprovada) e *à respetiva palavra-chave*. Aparentemente, o recurso a um método de autenticação forte (certificados digitais próprios ou certificados disponibilizados pelas plataformas, cartão de cidadão ou chave móvel digital) constitui uma mera *opção* que o legislador *admite mas não impõe* – algo manifestamente criticável tendo em conta as preocupações de segurança e de combate ao uso abusivo que deveriam rodear o acesso às plataformas.

5. Em conclusão, embora dê resposta a uma necessidade urgente de regulação de um pilar central do sistema de contratação pública, promovendo soluções inovadoras de indiscutível mérito, a nova Lei n.º 96/2015 nasce parcialmente afetada por deficiências não irrelevantes que fazem prognosticar o aumento futuro da insegurança jurídica e da litigiosidade associada à adoção de procedimentos de contratação pública.

JOÃO AMARAL E ALMEIDA

jaa@servulo.com

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

pfs@servulo.com