
ESTUDOS

EM HOMENAGEM

AO PROF. DOUTOR

SÉRVULO CORREIA

VOLUME II



E D I Ç Ã O
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA

Coimbra Editora

2010

IV

Direito Administrativo

	Págs.
<i>Alexandra Leitão</i> , Da admissibilidade de pessoas colectivas de iniciativa pública beneficiarem do estatuto de utilidade pública	11
<i>Ana Fernanda Neves</i> , Os princípios da contratação pública	29
<i>Ana Gouveia Martins</i> , A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas	59
<i>André Salgado de Matos</i> , A natureza jurídica da delegação de poderes: uma reapreciação	119
<i>António Cadilha</i> , Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa	161
<i>António Cândido de Oliveira</i> , A mais recente evolução da justiça administrativa na Inglaterra: os tribunals	225
<i>Bernardo Diniz de Ayala</i> , Actividade contratual e negociações informais da Administração; dois modos comuns de actuação administrativa com oscilações na tutela jurisdiccional do particular	239
<i>Cláudia Viana</i> , Contrato de trabalho em funções públicas: privatização ou publicização da relação jurídica de emprego público?	277
<i>David Duarte</i> , A revogação de actos administrativos ilegais por incompetência relativa vista das normas de competência	305
<i>Francisco Paes Marques</i> , O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábuas de salvação no tsunami?	325
<i>Gonçalo Coelho</i> , O licenciamento da televisão digital terrestre à luz do artigo 38.º, n.º 7, da Constituição da República Portuguesa	347
<i>João Amaral e Almeida/Pedro Fernández Sánchez</i> , A contratação pública de serviços de assessoria jurídica	373
<i>João Caupers</i> , O contrato administrativo no pensamento de José Manuel Sérvulo Correia	415
<i>João Miranda</i> , O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas	433
<i>José de Melo Alexandrino</i> , A determinação das atribuições das autarquias locais	459
<i>José Luís Bonifácio Ramos</i> , Domínio público e domínio privado: mitos e sombras	487
<i>Lino Torgal/Marisa Martins Fonseca</i> , Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (<i>Unsolicited Proposals</i>)	523
<i>Luís Cabral de Moncada</i> , Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo	573
<i>Luís Filipe Colaço Antunes</i> , O dogma da anulação administrativa	613

	Págs.
<i>Luis Sousa da Fábrica</i> , A contraposição entre acção comum e acção especial no Código de Processo nos Tribunais Administrativos	631
<i>Luisa Neto</i> , A infecção por VIH resultante de transfusão de sangue contaminado no contexto da responsabilidade civil extracontratual do Estado	657
<i>Maívalda Carmona</i> , Relações jurídicas poligonais, participação de terceiros e caso julgado na anulação de actos administrativos	695
<i>Mark Bobela-Mota Kirkby</i> , Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate académico com e em homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia — Do artigo 178.º do CPA ao artigo 1.º, n.º 6, do CCP — uma alteração do paradigma de qualificação?	759
<i>Mário Aroso de Almeida</i> , Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos	811
<i>Miguel Ângelo Crespo</i> , O regime de gestão limitada nas autarquias locais	847
<i>Miguel Assis Raimundo</i> , Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos	881
<i>Miguel Prata Roque</i> , O Direito Administrativo Europeu — Um motor da convergência dinâmica dos direitos administrativos nacionais	903
<i>Paulo Otero</i> , Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por facto ilícito	965
<i>Pedro Gonçalves</i> , Regulação administrativa e contrato	987
<i>Ricardo Branco</i> , As sentenças substitutivas de actos administrativos no contencioso administrativo português	1025
<i>Rui Chancelle de Machete</i> , Sobre a legitimidade dos particulares nas acções administrativas especiais	1117
<i>Rui Guerra da Fonseca</i> , Identificações metodológicas da doutrina jusadministrativa portuguesa na parte central do século XX: Marcello Caetano, José Carlos Moreira, Armando Marques Guedes e Afonso Queiró	1127
<i>Rui Tavares Lanceiro</i> , A condenação à abstenção de comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos	1147
<i>Vasco Pereira da Silva</i> , “É sempre a mesma cantiga” — O Contencioso da Responsabilidade Civil Pública	1205
<i>Vera Eivól/Esperança Mealha</i> , Damages under Public Procurement: the Portuguese case	1231
<i>Vitalino Canas</i> , A actividade de polícia e a actividade policial como actividades limitadoras de comportamentos e de posições jurídicas subjectivas	1253

**CONTRIBUTO PARA UM REGIME
DE CONTRATAÇÃO DE CONCESSÕES DE OBRAS
E DE SERVIÇOS PÚBLICOS
NA SEQUÊNCIA DE PROPOSTAS NÃO SOLICITADAS
(UNSOLICITED PROPOSALS)**

LINO TORGAL
MARISA MARTINS FONSECA

I. INTRODUÇÃO

1. Na esteira de relevantes apelos doutrinários quanto à conveniência ou, mesmo, necessidade de, para realização de interesses públicos e salvaguarda de interesses dos particulares, se criar no nosso ordenamento jurídico um regime geral adequado de escolha procedimentalizada do “co-contratante” da Administração ⁽¹⁾, o Código do Procedimento Administrativo (“CPA”), aprovado em 1991, além de determinar serem “aplicáveis à formação dos contratos administrativos, com as necessárias adaptações, as disposições deste Código relativas ao procedimento administrativo” (artigo 181.º), veio consagrar a regra da obrigatoriedade de concurso público para a formação dos “contratos que visem associar um particular ao desempenho regular de atribuições administrativas” (artigo 183.º). Desse modo, não apenas se impôs com carácter genérico, relativamente à celebração do *contrato administrativo*, a reclamada “anteposição (...) de um «degrau» procedimental” ⁽²⁾, como se guindou o concurso público a *iter* preparatório comum de todos os “*contratos administrativos de colaboração*” ⁽³⁾ — incluindo os contratos de concessão de obras públicas e de concessão de serviços públi-

⁽¹⁾ Entre os quais avulta, claramente, o feito por SÉRVULO CORREIA na sua dissertação de doutoramento *Legalidade e Autonomia Contratual dos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 579 ss. Sobre esta matéria, cfr., por último, entre nós, DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Coimbra, 2006, pp. 403 ss.

⁽²⁾ SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, p. 579.

⁽³⁾ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra, 1997, pp. 840-841. Sobre a noção de contratos de *colaboração*, veja-se SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, pp. 420-422, e PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, Coimbra, 2003, pp. 65-67.

cos —, por se considerar ser o método mais apto a otimizar a prossecução dos princípios gerais da igualdade, da concorrência, da transparência e da imparcialidade.

Cumpre também recordar que, sensivelmente desde meados da década de noventa do século passado, se foi assistindo, em grande parte por influência do Direito Comunitário derivado, à extensão a outras realidades jurídicas das exigências legalmente fixadas quanto à escolha do co-contratante da Administração nos contratos administrativos de colaboração. Foi sendo, na verdade, progressivamente afirmada, por diversas ordens de razões (objecto, valor, etc.), a ideia de que os princípios fundamentais da contratação pública, designadamente os da concorrência e de imparcialidade, reclamavam a sua aplicação a formas de actuação jurídico-públicas que não revestiam, necessária e substancialmente, natureza jusadministrativa — ou mesmo, em certos casos, contratual⁽⁴⁾.

No ordenamento jurídico português, destacavam-se, até há pouco tempo, nesse domínio, o *Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março*, que estabeleceu o regime jurídico das empreitadas e concessões de obras públicas (“RJEOP”), o *Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho*, relativo às normas de contratação pública aplicáveis à locação e aquisição de bens móveis e de serviços (e, ainda, a todos os *contratos administrativos de colaboração, ex vi* do artigo 183.º do CPA), e, por último, o *Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto*, concernente à contratação de empreitadas, fornecimentos e prestação de serviços nos sectores especiais da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

2. O descrito panorama legislativo foi recentemente, como é sabido, alvo de ampla reformulação com a aprovação do *Código dos Contratos Públicos* (“CCP”) ⁽⁵⁾ — diploma que, pela primeira vez entre nós, unitariamente estabelece a disciplina da contratação pública e da execução dos contratos administrativos —, a qual não deixou de afirmar e, mesmo, aprofundar a tendência “procedimentalizadora” da actividade pré-contratual da Administração vinda do direito anterior.

Assim, o CCP começou por alargar o âmbito objectivo de aplicação das normas correspondentes, contrariando a “opção minimalista” ⁽⁶⁾ da anterior legislação, restringida aos contratos abrangidos pelas directivas relativas à “coorde-

⁽⁴⁾ A este respeito, veja-se, a título de exemplo, as regras outrora estabelecidas em matéria de atribuição de licenças de uso privativo do domínio público hídrico (cfr. artigos 6.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro).

⁽⁵⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, com a Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março.

⁽⁶⁾ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2006, p. 342.

nação dos processos de adjudicação de contratos públicos” ⁽⁷⁾. Com o CCP, a disciplina aplicável à contratação pública passa, portanto, a abranger todos os contratos celebrados por *entidades adjudicantes* — qualquer que seja a sua designação e natureza —, sob a qualificação comum de *contratos públicos*. O essencial é que estejamos perante “contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado” ⁽⁸⁾, incluindo-se aqui, não apenas os “contratos comunitários” (contratos de locação e aquisição de bens móveis e serviços, de empreitada e concessão de obras públicas), mas também, entre outros, os contratos de concessão de serviços públicos e de sociedade ⁽⁹⁾.

Por seu turno, em relação ao regime procedimental comum de formação dos contratos públicos, o novo Código procurou introduzir maior rigor e celeridade na tramitação envolvida, “tendo em conta a relevância da actividade administrativa contratualizada, bem como a indispensabilidade do controlo da despesa pública” ⁽¹⁰⁾, procedendo, em diversíssimas matérias, à concretização dos princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da proporcionalidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, além de outros “parâmetros que reconhecidamente dominam as tramitações procedimentais pré-contratuais” ⁽¹¹⁾.

Ainda no que respeita aos procedimentos pré-contratuais, o CCP optou por “uma redução do seu número e da sua diversidade, uniformizando a nomenclatura e regras procedimentais aplicáveis” ⁽¹²⁾. Prevê-se agora, em geral, o seguinte rol: ajuste directo, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação e diálogo concorrencial.

3. Como se disse já, entre os contratos cuja formação está submetida às regras procedimentais estabelecidas no CCP (Parte II), figuram os de concessão de obras públicas e de concessão de serviços públicos. Trata-se das duas mais conhecidas modalidades da *concessão de actividade pública*, que o CCP não apenas definiu — no n.º 1 (concessão de obras públicas) e no n.º 2 (concessão

⁽⁷⁾ Que correspondem, hoje em dia, à *Directiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos *contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços*, e à *Directiva n.º 2004/17/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos *sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*.

⁽⁸⁾ Cfr. artigos 5.º, n.º 1, e 16.º, n.º 1, do CCP.

⁽⁹⁾ Cfr. artigo 16.º, n.º 2, do CCP.

⁽¹⁰⁾ Cfr. preâmbulo do CCP.

⁽¹¹⁾ Cfr. preâmbulo do CCP.

⁽¹²⁾ Cfr. preâmbulo do CCP.

de serviços públicos) do artigo 407.º —, como, inclusivamente, dotou de um regime material mínimo específico nos artigos 409.º e seguintes.

De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 31.º do CCP, a celebração desses contratos, qualquer que seja o seu valor, deve ser precedida de um dos seguintes procedimentos: *i*) concurso público; *ii*) concurso limitado por prévia qualificação; ou *iii*) procedimento de negociação. Alternativamente, o CCP prevê a possibilidade de adopção, em certos casos, dos procedimentos de ajuste directo (cfr. as alíneas *d*) e *f*) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP e, apenas relativamente às concessões de serviços públicos, o n.º 3 do artigo 31.º do CCP), e do novo procedimento de *diálogo concorrencial* — quanto a este, assim se verifiquem os pressupostos enunciados no artigo 30.º do CCP⁽¹³⁾.

Estes são, em suma, os esquemas procedimentais à disposição da Administração Pública quando pretenda celebrar contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços públicos.

4. A disciplina dos referidos procedimentos pré-contratuais evidencia, contudo — apesar das múltiplas especificidades de cada um deles —, um ponto comum: a abertura do procedimento (e, sobretudo, a decisão de contratar que marca o seu início⁽¹⁴⁾) surge na sequência de um impulso intra-administrativo ou de carácter público; em todos os casos, na realidade, parece estar-se perante a execução de projectos originariamente planeados, concebidos (mesmo que em termos preliminares) ou coordenados por órgãos e serviços da Administração — ainda que para isso se possam socorrer, por vezes, da colaboração de consultores técnicos privados⁽¹⁵⁾ —, em cumprimento dos planos de actividades

(13) Ou seja: “quando o contrato a celebrar, qualquer que seja o seu objecto, seja particularmente complexo, impossibilitando a adopção do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação”, considerando a lei portuguesa que tal se verifica quando seja objectivamente impossível definir *i*) a solução técnica mais adequada à satisfação das necessidades da entidade adjudicante; *ii*) os meios técnicos, de acordo com o disposto nas alíneas *c*) e *d*) do n.º 2 do artigo 49.º do CCP, aptos a concretizar a solução já definida pela entidade adjudicante; *iii*) a estrutura jurídica ou a estrutura financeira do contrato a celebrar, em termos suficientemente claros e precisos. Sobre este ponto, cfr. MARK KIRKBY, “O diálogo concorrencial”, *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, pp. 282 ss. Cfr., em face do direito comunitário, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londres, 2005, pp. 632 ss.; e PETER TREPTE, *Public Procurement in the EU*, Londres, pp. 404 ss.

(14) Cfr. artigo 36.º, n.º 1, do CCP. Sobre a natureza e regime desta decisão, veja-se SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, pp. 537 ss. Mais recentemente, cfr. TIAGO DUARTE, “A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos: da idade do armário à idade dos porquês”, *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, pp. 147 ss.

(15) Recorde-se, de resto, o considerando (8) da Directiva n.º 2004/18/CE, de 31 de Março: “antes da abertura de um processo de adjudicação, as entidades adjudicantes podem, recorrendo a um “diálogo técnico”, solicitar ou aceitar pareceres que possam ser utilizados para a elaboração do caderno de encargos, na condição de que esses pareceres não tenham por efeito impedir a concorrência”.

e fins de interesse público prosseguidos pelas entidades públicas em que se integram.

Tem sido esta, de facto, a situação-regra nos procedimentos de contratação pública. Normalmente, “tudo começa com a decisão ou deliberação de um órgão administrativo precisar de algo ou de estar disposto a ceder algo e de, portanto, haver que determinar a que procedimento recorrer para encontrar o que lhe vai prestar aquilo de que precisa ou a quem vai atribuir o bem ou utilidade que pretende ceder”⁽¹⁶⁾. A propósito da figura paradigmática da empreitada de obras públicas, escrevia MARCELLO CAETANO, na década de sessenta do século XX, que a mesma se reduz “à mera execução de trabalhos já cuidadosamente estudados, projectados e programados pela Administração. Uma grande obra é durante anos preparada pelos serviços administrativos competentes, que a estudam e projectam em todos os pormenores, antes de elaborarem o programa de concurso (...) e o caderno de encargos, com as suas cláusulas jurídicas e prescrições técnicas”⁽¹⁷⁾.

É certo que, hoje, a lição do fundador da Escola de Direito Público de Lisboa não pode ser seguida incondicionalmente. Com efeito, em certos casos, tem-se optado pela contratação de trabalhos de concepção ou, mais especificamente, de empreitadas de concepção-construção. Neste último caso, o mesmo contraente, cumulando os papéis de empreiteiro e de projectista, compromete-se a elaborar certos planos e as especificações da obra (*design*) e a realizá-la (*build*)⁽¹⁸⁾. Além disso, desde há muito que o nosso direito das empreitadas de obras públicas admite, dentro de certos limites e condições, que os concorrentes possam apresentar propostas variantes, consagrando condições contratuais diversas das definidas no caderno de encargos (e no projecto nele integrado) disponibilizado pela entidade adjudicante — também aqui o objecto do contrato (a obra executanda na sequência da adjudicação da variante) pode, pelo menos em parte, ser conformado pelo particular (cfr., hoje, o artigo 59.º do CCP). Por outro lado, recorde-se que o CCP veio introduzir, na ordem jurídica portuguesa, o já referido procedimento de diálogo concorrencial, o qual, depois de uma fase de qualificação, compreende uma fase destinada à definição, com base nas soluções apresentadas pelos candidatos qualificados, da “solução” que

(16) Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concurso e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Coimbra, 1998, p. 234. Cfr. também sobre o tema, EUGÉNIO MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, 3.ª ed., Milão, Giuffrè, pp. 52-60.

(17) Cfr. MARCELLO CAETANO, “Empreitadas de obras públicas”, *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, 1974, p. 412.

(18) Cfr. PANAYOTIS GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, Paris, 1993, p. 282 e, entre nós, a propósito de um caso concreto, FREITAS DO AMARAL / FAUSTO DE QUADROS / VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, Coimbra, 2001, pp. 50 ss.

inspirará a elaboração administrativa do caderno de encargos — o objecto do contrato a celebrar pode ser também definido pelos particulares.

Todas as mencionadas situações surgem, todavia, na sequência de um impulso primariamente exercido pela própria Administração Pública, com base na inventariação e avaliação da realidade existente e tendo em vista a prossecução das suas atribuições; é sempre aquela que, no quadro definido de necessidades colectivas a satisfazer, promove a aprovação das correspondentes decisões de contratar e de escolha do procedimento de contratação adequado para o efeito, bem como a decisão de aprovar as respectivas peças. Ainda por outras palavras, o impulso que, aí, está na génese e é determinante da tomada de decisão de contratar e de iniciar (e abrir) o procedimento administrativo pré-contratual advém da própria Administração Pública, não se situando na dinâmica da vida social ⁽¹⁹⁾.

5. Deve-se, entre nós, a SÉRVULO CORREIA um primeiro esclarecimento desenvolvido no sentido de que a mencionada sequência não se verifica necessariamente em todo e qualquer contrato administrativo, existindo situações em que “o acto propulsivo do procedimento” não é uma decisão ou deliberação de contratar, mas consiste, antes, “num pedido ou proposta apresentados pelo eventual co-contratante” ⁽²⁰⁾. Tal sucede, por via de regra, no caso dos *contratos de atribuição*, ou seja, aqueles cuja *causa-função* reside na atribuição de uma certa vantagem ao co-contratante da Administração. Pode, com efeito, dizer-se que, normalmente, esses contratos “não nascem de uma necessidade sentida pela Administração independentemente da noção de quem deva vir a ser o outro contraente: pelo contrário, é a verificação de uma situação concreta que suscita a necessidade e a possibilidade do contrato” ⁽²¹⁾.

Atendendo à assinalada particularidade, o referido Professor questionou a necessidade de observância, na formação deste tipo de contratos, de especiais vinculações de natureza procedimental relacionadas com a escolha do co-contratante. É que — conforme sublinhou o Autor —, tal necessidade de escolha apenas se parece justificar “naquelas outras situações em que a Administração precisa de organizar certos meios com vista à consecução de uma finalidade e, para isso, carece de entrar em relação com outra entidade que lhe possa prestar um serviço ou alienar uma coisa ou, até, receber um serviço ou adquirir uma coisa à Administração” — caracterizando-se todas estas situações pela “fungibilidade do co-contratante porquanto o pressuposto determinante da

⁽¹⁹⁾ Sobre o fenómeno, paralelo, do impulso legiferante, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, Coimbra, 1997, pp. 245-247.

⁽²⁰⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, p. 691.

⁽²¹⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, pp. 690-691.

celebração do contrato não é a necessidade de providenciar uma situação concreta de uma certa pessoa, mas sim a de satisfazer uma carência da Administração” ⁽²²⁾.

E a verdade é que este entendimento veio a obter pleno acolhimento na restrição da aplicação do já mencionado artigo 183.º do CPA — *rectius*, da regra de obrigatoriedade de concurso público aí estabelecida — aos chamados “contratos administrativos de colaboração”.

Parece, porém, ser hoje uma proposição segura a de que, pela necessidade de garantia do princípio de uma “*economia de mercado aberta e de livre concorrência*” ⁽²³⁾, certos contratos de atribuição devem ser precedidos de um procedimento de tipo concorrencial. Recorde-se que o âmbito de aplicação do regime de contratação pública plasmado no CCP abrange *todos os contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado*. Em todos esses casos, cumpre assegurar a adopção das melhores práticas contratuais por parte dos poderes públicos e, por essa via, a realização do princípio da concorrência.

Assim, se, quanto a alguns *contratos de atribuição* — como poderá ser, por exemplo, o caso dos contratos tendentes à atribuição de subsídios ou de subvenções de qualquer natureza —, não se impõe, nos termos do CCP e à luz do citado princípio da concorrência, seguir os procedimentos pré-contratuais legalmente previstos (sem prejuízo da necessidade de observância dos princípios gerais da actividade administrativa e das normas que concretizem preceitos constitucionais) ⁽²⁴⁾, o mesmo não sucede com outros contratos habitualmente reconduzidos à mesma categoria — que se revela, de resto, bastante aberta. Nomeadamente, no que toca aos contratos de concessão (e licenças ⁽²⁵⁾) de utilização privativa do domínio público, a Administração terá, por regra, de recorrer a um procedimento pré-contratual “que permita uma chamada de várias propostas propiciadora de uma comparação entre elas” ⁽²⁶⁾. Nesta linha, a possível inversão, nos mencionados contratos, do sentido do impulso e, mais do que isso, da ordem de interesses normalmente associados à formação dos contratos públicos não será, portanto, suficiente para afastar a necessidade de observância do princípio da concorrência,

⁽²²⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, p. 691.

⁽²³⁾ Sobre este ponto, cfr. RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, *CJA*, n.º 69, Maio/Junho 2008, p. 3.

⁽²⁴⁾ Cfr. artigo 5.º, n.º 4, alínea c), e n.º 6, alínea a), do CCP.

⁽²⁵⁾ Para um exemplo prático de subordinação da atribuição de licenças de uso privativo a um procedimento concorrencial, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL / LINO TORGAL, *Estudos sobre Concessões e outros Actos da Administração*, Coimbra, 2002, pp. 347 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. ANA RAQUEL MONIZ, “Contrato público e domínio público”, *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, pp. 850 e 851.

sobretudo, atendendo à exclusividade ou escassez dos bens que geralmente integram o objecto (mediato) dos mesmos contratos ⁽²⁷⁾.

Seja como for, as considerações a propósito desta matéria formuladas, há mais de vinte anos, por SÉRVULO CORREIA relevam particularmente para o tema do presente estudo, não apenas porque claramente evidenciam, por contraponto com o esquema tradicional de contratação acima mencionado, que certos procedimentos pré-contratuais têm na sua génese impulsos provenientes de particulares, como porque abrem o caminho à consideração de que essa especialidade propedéutica pode vir a ter lugar também no contexto da formação de contratos de colaboração e pode, aí, merecer atenção particular na modelação do respectivo regime procedimental.

Assim, diríamos que mais do que o reconhecimento de uma natureza específica aos contratos precedidos de um procedimento “promovido” por impulso privado, está em jogo a sua *eventual diferenciação* em face da tendencial e uniforme sujeição ao princípio da concorrência de todos os contratos cujos objectos integrem prestações relativamente às quais possa existir no mercado uma pluralidade de interessados.

6. Esta temática tem sido objecto de abundante teorização ao nível do Direito Comparado, relacionando-se com o tema das chamadas “*Unsolicited Proposals*” (doravante, “*Propostas Não Solicitadas*”).

Estas consistem, tal como o respectivo nome indica, em *manifestações de interesse espontaneamente apresentadas por particulares junto da Administração, com o propósito de estimular a decisão desta de abertura de um procedimento administrativo tendente à celebração de um contrato naquelas baseado ou inspirado e pelo qual um particular colaborará na realização de atribuições administrativas* ⁽²⁸⁾. Ou seja, as mesmas representam manifestações de

⁽²⁷⁾ A este respeito, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (em *Direito Administrativo Geral*, III, Lisboa, 2007, pp. 336 e 337) já vinham referindo, antes da aprovação do CCP, que, na celebração de contratos de atribuição de bens exclusivos ou escassos (em que se inclui a concessão de uso privativo), faz-se sentir “a necessidade de assegurar que o acesso a bens disponibilizados pela administração pública se faz em condições de respeito pelo mercado e a conveniência em, através da exploração da competição entre agentes económicos, maximizar as contrapartidas contratuais”, “que impõem, *prima facie*, que a administração pública faça preceder a celebração do contrato de um procedimento aberto (ou, pelo menos, semiaberto)”. No mesmo sentido, e no caso específico dos contratos de concessão de uso privativo, atente-se, ainda, no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto (diploma que aprova o regime jurídico do património imobiliário público), nos termos no qual se prevê que as entidades públicas abrangidas “devem, na gestão dos bens imóveis, assegurar aos interessados em contratar ou em os utilizar uma concorrência efectiva”.

⁽²⁸⁾ Concretamente, atente-se na definição contida na *Federal Acquisition Regulation* (“FAR”), que contém a regulação primária das aquisições de bens e serviços pelas agências do governo fede-

interesse da iniciativa privada no quadro do (pré-)exercício da actividade (pré-)contratual administrativa, com naturais repercussões nos termos (e, em particular, nas condições de eficiência, eficácia e competitividade) desse exercício.

As “*Propostas Não Solicitadas*” de que falamos não têm pois, insista-se, o condão de, *de per se*, iniciarem um procedimento administrativo pré-contratual, situando-se no seu exterior ⁽²⁹⁾; tal início ocorrerá apenas se e quando a Administração tomar a decisão de contratar — esta, sim, um acto administrativo já integrado num procedimento administrativo.

A apresentação de “*Propostas Não Solicitadas*” tem tido lugar em países de diversos continentes, reportando-se, na generalidade dos casos, à execução, sob o molde jurídico-contratual da concessão de obras públicas ou da concessão de serviços públicos, de projectos de grandes infra-estruturas, nomeadamente no sector dos transportes, da energia e da gestão de sistemas públicos de abastecimento de água, de saneamento e de tratamento de resíduos sólidos. Tais propostas resultam, frequentemente, da identificação pelo sector privado de necessidades colectivas passíveis de satisfação através da execução de contratos relativos a projectos de infra-estruturas financiáveis (no todo ou em parte) por capitais privados e concernentes à implementação de novas tecnologias e/ou modelos de gestão de uma actividade.

Em face do seu crescente relevo no quadro de actuação das Administrações, e considerando que a respectiva aceitação é passível de suscitar percepções públicas negativas (em especial, no que toca à transparência dos procedimentos observados para a respectiva análise, negociação e implementação), tem-se procedido em diversos ordenamentos jurídicos à regulação específica dessa prática, em especial no quadro da legislação aplicável à contratação pública e às parcerias público-privadas. Por tal via regulatória, pretende-se, no fundo, assegurar a maior compatibilização possível daquele mecanismo com os princípios travejadores dos procedimentos adjudicatórios.

7. A prática e o regime associados à figura das “*Propostas Não Solicitadas*” não são — refira-se — privativos de países em vias de desenvolvimento,

ral norte-americano: “«Unsolicited proposal» means a written proposal for a new or innovative idea that is submitted to an agency on the initiative of the offeror for the purpose of obtaining a contract with the Government, and that is not in response to a request for proposals, Broad Agency Announcement, Small Business Technology Transfer Research topic, Program Research and Development Announcement, or any other Government-initiated solicitation or program” (FAR 2.101).

⁽²⁹⁾ Nisto se distinguindo de certos requerimentos de particulares que abrem, em sentido verdadeiro e próprio, procedimentos administrativos preparatórios da celebração de alguns contratos de atribuição, como pode ser, por exemplo, o caso dos contratos de urbanização. Aqui, sim, estamos perante procedimentos administrativos de *iniciativa particular*. O acto prodrómico e “constitutivo” desse procedimento é, pois, um acto de um privado.

ou seja, de Estados desprovidos de capacidade técnica e financeira para efeitos de análise, estudo e implementação de grandes infra-estruturas ou equipamentos públicos. A começar pelos Estados Unidos da América, vários são na realidade os países desenvolvidos que, com maior ou menor amplitude, se dotaram de marcos institucionais específicos enquadradores do referido fenómeno.

Este não se cinge também, por outro lado, a mercados exteriores ao Espaço Económico Europeu, tendencialmente caracterizados por uma maior flexibilidade (ou, porventura, por menores exigências de uniformidade) ao nível dos parâmetros a observar na actividade pública contratual, exibindo importantes manifestações em ordenamentos jurídicos sujeitos ao Direito Comunitário e, em particular, ao “efeito de coordenação” das directivas sobre contratação pública.

É o que sucede, nomeadamente, no país vizinho: como adiante se verá, a *Ley de Contratos del Sector Público* ⁽³⁰⁾ (“LCSP”) admite expressamente, no seu artigo 112.º, n.º 5, a apresentação por privados de estudos de viabilidade de concessões de obras públicas, do mesmo modo que prevê particularidades de regime aplicáveis ao procedimento adjudicatório que, nessa sequência, venha a ser iniciado. Esta disposição tem como antecedente histórico fundamental o instituto, consagrado na *Ley de Obras Públicas*, de 13 de Abril de 1877, da “obra pública por iniciativa particular”, o qual, após uma certa descaracterização, própria do período do Estado intervencionista, acabaria por acompanhar o processo de recuperação da técnica concessória, iniciado em finais do século XX, adquirindo particular repercussão no domínio das infra-estruturas de transporte terrestre ⁽³¹⁾.

Mesmo em Portugal é possível encontrar, no quadro legislativo anterior e actual, exemplos claros da relevância reconhecida à iniciativa privada na formação de contratos públicos de tipo concessório. Neste âmbito, cumpre destacar, desde logo, o regime estabelecido na Lei da Água (aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro ⁽³²⁾) e respectivo diploma complementar (Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio ⁽³³⁾), a respeito da celebração de contratos de concessão de uso privativo do domínio público hídrico na sequência de pedido apresentado pelo particular junto da autoridade competente ⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Aprovada pela Ley 30/2007, de 30 de octubre.

⁽³¹⁾ Cfr. sobre o tema ANABELÉN CASARES MARCOS, *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Madrid, 2007, pp. 31 ss.

⁽³²⁾ Com a Declaração de Rectificação n.º 11-A/2006, de 23 de Fevereiro, e as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 245/2009, de 22 de Setembro.

⁽³³⁾ Com a Declaração de Rectificação n.º 32/2008, de 11 de Junho, e as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 391-A/2007, de 21 de Dezembro, n.º 93/2008, de 4 de Junho, n.º 107/2009, de 15 de Maio, n.º 137/2009, de 8 de Junho, e n.º 245/2009, de 22 de Setembro.

⁽³⁴⁾ Cfr. artigo 24.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio.

8. Não obstante o exposto, certo é, todavia, que o sistema de normas constante do recente CCP não atende à possibilidade de a abertura dos procedimentos adjudicatórios aí previstos — nomeadamente, no que concerne à formação de contratos de concessão de obras públicas e de concessão de serviços públicos — ter lugar na sequência de pedidos ou de propostas “espontaneamente” apresentadas por entidades privadas. A consideração de uma tal possibilidade daria a definição dos termos de admissibilidade e análise dos mencionados pedidos ou propostas, bem como a introdução de ajustamentos na eventual tramitação procedimental subsequente, com vista a acautelar equilibradamente os diversos interesses em presença.

Está assim por saber se é ou não viável — e, em que termos — estabelecer no ordenamento jurídico português regras específicas para a *contratação pública a pedido ou na sequência de proposta de entidades privadas*, mais concretamente, para a formação de contratos de concessão de obras públicas e de concessão de serviços públicos destinados à execução de projectos concebidos e submetidos à apreciação da Administração por operadores económicos do sector privado. Em particular, cumpre averiguar se, entre as referidas regras, poderá figurar a que envolva a atribuição ao interessado de um *direito de preferência* na celebração do contrato, à semelhança do que se verifica em alguns lugares paralelos do sistema jurídico.

Antes disso, porém, importa atentar na justificação teórica do fenómeno e nos diferentes modelos de regulação de “*Propostas Não Solicitadas*” existentes nos ordenamentos em que a figura tem tido reconhecimento exposto.

II. FUNDAMENTO E MODELOS DE REGULAÇÃO DE PROPOSTAS NÃO SOLICITADAS

9. Como referimos, a figura das “*Propostas Não Solicitadas*” tem aplicação privilegiada no âmbito de projectos relativos às actividades de construção, financiamento e exploração de infra-estruturas públicas, nomeadamente nos sectores dos transportes, abastecimento de água e saneamento, energia e telecomunicações. Estes sectores são, de facto, particularmente propensos à apresentação por empresas qualificadas do sector privado de conhecimentos, experiências e inovações (técnicas, financeiras ou jurídicas) aptos a assegurar a realização, funcionalidade e sustentabilidade de infra-estruturas públicas.

O fundamento subjacente ao reconhecimento da figura das “*Propostas Não Solicitadas*” é, pois, para a Administração o de potenciar as vantagens consabidamente associadas aos esquemas contratuais tradicionais de colaboração duradoura dos particulares no exercício de funções administrativas e, designada-

mente, às fórmulas concessórias: prosseguir adequadamente o interesse público, beneficiando, para tanto, do *know-how* da iniciativa privada e não suportando a totalidade dos custos financeiros e dos riscos inerentes ao desenvolvimento dessas actividades.

Por outras palavras, com o estabelecimento de regras específicas admitindo a apresentação de “*Propostas Não Solicitadas*” e prevendo uma tramitação própria para a respectiva análise e posterior concretização, pretende incentivar-se os agentes privados a, na perspectiva interessada de virem a ser destinatários de uma decisão pública de adjudicação de uma proposta por si concebida e desenvolvida, tomar a iniciativa de expor as suas ideias quanto à implementação de projectos públicos relevantes, viabilizando-se, por essa via, o acesso da Administração Pública não apenas a soluções técnicas inovadoras do sector privado, como a soluções financeiras mais convenientes para os orçamentos públicos.

10. Não se ignora que a aceitação da criação de um regime especial sobre “*Propostas Não Solicitadas*” pode suscitar, em abstracto, objecções fundadas nos riscos que o mesmo pode comportar.

O principal risco associado à aludida consagração reside na possibilidade de, por tal via, se franquear a porta à negociação directa de contratos públicos, com total inobservância das garantias de transparência, publicidade e concorrência. Teme-se, por outras palavras, que a apresentação de projectos por parte de empresas privadas possa servir de expediente para a não sujeição dos mesmos ao “teste” da concorrência, posto que as referidas empresas poderiam encetar negociações “à porta fechada” com a Administração, de forma a discutir os concretos termos de execução do projecto em causa.

Tais considerações, apesar de legítimas, não obstam decisivamente à aceitação da figura em análise. Com efeito, se a proibição pura e simples da apresentação de “*Propostas Não Solicitadas*” pode impedir a ocorrência dos mencionados riscos, a mesma medida, reversamente, pode privar desnecessariamente a Administração de capacidades técnicas e financeiras do sector privado susceptíveis de beneficiar o interesse geral. Bastaria pois proceder à cuidadosa regulação das situações visadas para se acautelar a respectiva conformidade com os princípios gerais aplicáveis.

11. As críticas apontadas à admissibilidade — e eventual aceitação — de “*Propostas Não Solicitadas*” só permitem, assim, a nosso ver, evidenciar a necessidade de submeter a apreciação e “tramitação” dessas manifestações de interesse a um regime jurídico *equilibrado*, ou seja, a uma disciplina que, preservando as virtualidades daquela fórmula, assegure, do mesmo modo, o respeito pelas dimensões essenciais dos princípios da contratação pública chamados a depor.

Nessa conformidade, e como se adiantou, têm sido desenvolvidos em alguns países regimes destinados a assegurar o tratamento de “*Propostas Não Solicitadas*” de forma transparente, objectiva e imparcial. De um modo geral, esses regimes tendem a incorporar dois momentos distintos, traduzidos na: a) *análise e aprovação administrativa interna do projecto*; e na b) *formação do contrato destinado a servir de base à respectiva execução*.

a) O primeiro momento destina-se à avaliação pela Administração do interesse e viabilidade das propostas ou projectos apresentados.

Assim, e sem prejuízo das particularidades de cada procedimento em concreto, na sequência da apresentação pelo interessado de uma proposta referente à execução de um projecto de interesse público junto do órgão ou serviço administrativo competente, cabe a este proceder à análise da proposta apresentada e, em particular, avaliar o seu contributo para a prossecução do “interesse público”, bem como o respectivo enquadramento nas opções estratégicas estabelecidas para o sector de actividade em causa.

Nesse seguimento, e dentro de determinado prazo, o mesmo órgão ou serviço poderá emitir uma pronúncia decisória quanto à aceitação ou rejeição da proposta. No caso de aceitação, e na hipótese de ter sido unicamente apresentada uma descrição sumária do projecto, o proponente pode ser convidado a apresentar uma proposta detalhada, para efeitos de nova análise pelo órgão e serviço competente. Se essa proposta mais pormenorizada vier a ser aprovada, desencadear-se-ão então as diligências necessárias a pôr em marcha o procedimento de formação do contrato destinado a titular a respectiva execução.

b) Com isto, passamos para o segundo momento, o qual tem início com a emissão da competente *deliberação* ou *decisão de contratar* por parte da Administração, seguida da abertura e tramitação de um procedimento adjudicatório, (em princípio) de natureza concorrencial⁽³⁵⁾, tendente à formação do contrato em causa.

Esse procedimento pode observar a forma e trâmites previstos na lei geral da contratação pública ou, eventualmente, dispor de regras próprias. Em todos os casos, porém, têm sido contempladas especiais notas de regime, destinadas a distinguir e acautelar a posição do autor da proposta que foi condicionante ou determinante da decisão administrativa de contratar (doravante, identificado por “*primeiro proponente*”). Desta forma, procura-se incentivar a apresentação de “*Propostas Não Solicitadas*”, sem, todavia, se abdicar do cumprimento das garantias fundamentais que se impõem à formação de contratos públicos.

Um dos principais desafios que se colocam neste âmbito consiste, pois, em estabelecer um adequado equilíbrio entre os seguintes fins (submetidos a uma rela-

ção de influência recíproca, de sentido inverso): *i)* concessão de incentivos à apresentação, por privados, de projectos de reconhecido interesse público; e, por seu turno, *ii)* preservação do interesse de terceiros na elaboração e apresentação de propostas relativas à execução desses projectos (e, por conseguinte, garantia de efectiva competitividade do procedimento adjudicatório a tramitar com vista à respectiva implementação) ⁽³⁶⁾.

As soluções adoptadas a este respeito reconduzem-se, de um modo geral, a quatro sistemas típicos, com as seguintes denominações: “*Bonus System*”, “*Swiss Challenge System*”, “*Best and Final Offer System*” e “*Reimbursement System*” ⁽³⁷⁾.

i.) O primeiro sistema, denominado por “*Bonus System*”, caracteriza-se pela atribuição ao *primeiro proponente* de uma vantagem competitiva no quadro do procedimento adjudicatório que venha a ser desencadeado. Essa vantagem pode revestir diversas formas, traduzindo-se na generalidade dos casos na previsão de uma majoração quantitativa na avaliação das condições (técnicas e financeiras) da proposta apresentada pelo *primeiro proponente*, ou seja — e por outras palavras —, na possibilidade de contabilização de um valor adicional (*i.e.*, um “bónus”) preestabelecido aquando do apuramento da pontuação global final da referida proposta.

Este sistema, que se encontra implementado em países como o Chile ou a Coreia do Sul, permite, no caso de adequada e proporcionada definição da vantagem conferida ao *primeiro proponente*, conciliar a intenção de premiar o esforço e a iniciativa deste (e, desta forma, estimular, em benefício também da Administração, a apresentação de “*Propostas Não Solicitadas*”) com a necessidade de não desincentivar o surgimento de outros concorrentes ou candidatos (e, nessa conformidade, garantir a existência de condições de livre concorrência).

O mesmo sistema suscita, porém, fundadas dúvidas de admissibilidade, na medida em que introduz claramente distorções na aplicação da metodologia de avaliação das propostas divulgada em geral pela Administração, podendo con-

⁽³⁵⁾ Com excepção, por exemplo, das situações em que as propostas apresentadas envolvam a aplicação de conceitos ou tecnologias objecto de direitos exclusivos, não podendo estes ser cabalmente substituídos por outros conceitos ou tecnologias — as quais, nalguns ordenamentos jurídicos, poderão justificar o recurso ao procedimento de ajuste directo.

⁽³⁶⁾ Sobre o ténue equilíbrio desta relação de influência, cfr. GIANFRANCESCO FIDONE, “Un’applicazione di analisi economica del diritto: la procedura per la scelta del concessionário nel c.d. Project financing”, Società Italiana di Diritto ed Economia, Working Paper, First Annual Conference 2005. (<http://www.side-isle.it/it/siena05/wp05.html>).

⁽³⁷⁾ A este respeito, cfr. JOHN HODGES, “Unsolicited Proposals”, *Public Policy for the Private Sector*, March 2003, note nr. 257, p. 2 (<http://www.worldbank.org/>).

duzir, a final, à adjudicação de uma proposta que, àquela luz, seja comprovadamente menos favorável para o interesse público.

ii.) Diversamente, a ideia básica do denominado “*Swiss Challenge System*” reside na possibilidade de exercício pelo *primeiro proponente* de um *direito de preferência* na adjudicação e celebração do contrato, assim “desafiando” a melhor proposta apresentada no procedimento (no caso de esta não coincidir com a proposta por aquele apresentada). Por outras palavras, neste sistema é reconhecido ao *primeiro proponente* o direito de igualar a proposta vencedora — alterando, em conformidade, certos aspectos da sua proposta —, e de assumir, assim, a posição de adjudicatário. O sistema em apreço foi consagrado e concretizado em diversos ordenamentos jurídicos, entre os quais se destacam os casos da Itália, da Índia e das Filipinas e, ainda que parcialmente (como adiante se verá), de Portugal.

É evidente que este esquema permite estimular fortemente a apresentação de “*Propostas Não Solicitadas*”, conduzindo, sempre e em qualquer caso, à adjudicação da melhor proposta para o interesse público, segundo a metodologia de avaliação divulgada antecipadamente. No entanto, a respectiva adopção pode desincentivar a apresentação de contrapropostas por terceiros; com efeito, estes podem não se sentir suficientemente estimulados a participar num dado procedimento adjudicatório, quando sabem, à partida, que, mesmo que as suas propostas venham a ser as mais pontuadas, existe um terceiro que dispõe do direito de, adaptando em conformidade a sua proposta, se substituir a eles próprios na execução do projecto contratual.

iii.) O sistema conhecido por “*Best and Final Offer System*” confere, por seu turno, ao *primeiro proponente* um direito de acesso imediato à fase final do procedimento adjudicatório, consistente numa ronda de negociações com os concorrentes que, à luz da metodologia de avaliação divulgada com a abertura do procedimento, apresentaram as melhores propostas.

Este sistema, designadamente praticado em certos contratos na África do Sul, além de pressupor a existência de procedimentos concursais com uma fase de negociações, produz efeitos (*rectius*, vantagens e desvantagens) similares aos do “*Swiss Challenge System*”, embora com atenuantes (na medida em que prevê, numa subfase final, um confronto directo e em igualdade de condições entre as condições oferecidas pelo *primeiro proponente* e os concorrentes com as melhores propostas).

iv.) Substancialmente distinto dos anteriores é o sistema do “*Reimbursement System*”, que não concede ao *primeiro proponente* qualquer vantagem ou direito com implicações ao nível do procedimento adjudicatório tendente à formação do

contrato visado, limitando-se a impor o pagamento ao referido proponente de uma compensação pelos custos comprovadamente incorridos com o estudo, elaboração e apresentação da sua proposta, no caso de não adjudicação da mesma.

É o que sucede, nomeadamente, em Espanha: o artigo 112.º, n.º 5, da *LCSP* admite a apresentação por entes privados de estudos de viabilidade de eventuais concessões de obras públicas. O mesmo preceito prevê que, na hipótese de o estudo de viabilidade inicialmente apresentado conduzir à decisão de contratar e, posteriormente, à adjudicação de uma proposta de concessão na sequência do pertinente procedimento adjudicatório, o seu autor terá direito, sempre que não seja beneficiado pelo acto de adjudicação e salvo se o estudo se tiver revelado *insuficiente* — de acordo com a sua própria finalidade —, ao ressarcimento dos custos efectuados com a sua elaboração, acrescidos de 5% do valor desses mesmos custos, como compensação (podendo o pagamento destas quantias ser imposto pelo caderno de encargos ao adjudicatário da concessão, como condição contratual).

Uma vantagem decorrente da aplicação deste sistema prende-se com a possibilidade de, dependendo do valor da compensação devida, se poder conciliar, de modo adequado, os interesses em presença (reconhecimento do especial mérito do *primeiro proponente* e garantia de condições de genuína concorrência).

Refira-se, em todo o caso, que esta solução não gera um forte estímulo à apresentação de “*Propostas Não Solicitadas*” — sobretudo, quando confrontado com os demais sistemas —, a que crescem as dificuldades sentidas na determinação do exacto valor de concepção do projecto apresentado, bem como o potencial risco de perturbação das condições de concorrência entre os interessados (nas situações em que caiba ao adjudicatário — quando este não seja o *primeiro proponente* — proceder ao pagamento da compensação devida nos termos estabelecidos nas peças do procedimento).

v.) Por fim, cumpre referir a possibilidade de *criação de sistemas mistos ou combinados*, que conjuguem características dos sistemas típicos ora examinados.

É o caso, por exemplo, do sistema adoptado, para contratos de concessão de obras públicas, na Argentina⁽³⁸⁾: se, em sede de avaliação de propostas para efeitos de adjudicação, a pontuação atribuída à proposta apresentada pelo *primeiro proponente* for inferior, em apenas 5%, à pontuação obtida pela melhor proposta, aquela é imediatamente adjudicada; caso contrário, se a diferença de pontuação entre as duas propostas for superior a 5% (mas inferior a 20%), o *primeiro proponente* e o autor da proposta mais pontuada serão convidados a participar

⁽³⁸⁾ Cfr., sobre o “*concurso de proyectos integrales*”, JUAN CARLOS CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, 2005, p. 91.

numa fase final de negociações, devendo aí apresentar as suas melhores propostas; por último, se a diferença exceder 20%, o primeiro proponente não beneficia de qualquer solução para se tornar adjudicatário.

12. Todos os sistemas ora indicados têm, como vimos, as suas vantagens e inconvenientes.

Não cabe obviamente, na economia do presente estudo, proceder a uma análise comparativa dos mesmos, o que implicaria um exame aturado dos seus concretos termos, eventualmente acrescido da análise dos correspondentes casos de aplicação prática.

Importa, porém, que se dedique especial atenção à solução que compõe o “*Swiss Challenge System*”, atendendo, não apenas à sua relativamente maior popularidade, como aos precedentes encontrados na matéria, designadamente em Portugal.

13. Cumpre, a tal respeito começar por destacar o exemplo retirado, em termos de Direito Comparado, do ordenamento jurídico italiano.

O artigo 153.º do Código dos Contratos Públicos italiano (*Código dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*), aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 163, de 12 Abril de 2006, permite aos particulares a apresentação, no primeiro semestre de cada ano, de propostas de realização de obras públicas ou de obras de utilidade pública, com cabimento na programação trienal aprovada pela Administração. Tais propostas devem incluir um estudo de enquadramento urbanístico e ambiental da obra, uma análise de viabilidade, o respectivo anteprojecto, a minuta de contrato, um plano económico-financeiro elaborado por uma entidade acreditada, uma descrição das características da exploração e gestão da obra e a indicação das garantias oferecidas pelo promotor, entre outros elementos.

O mesmo Código, no seu artigo 154.º, estabelece que a competente entidade adjudicante deve avaliar, no prazo de quatro meses, a viabilidade das propostas apresentadas sob diferentes aspectos: construção, urbanismo, meio ambiente, qualidade do projecto, funcionalidade, utilização da obra, acessibilidade do público, rendimento, custos de gestão e de manutenção, duração da concessão, prazos para a realização das obras da concessão, tarifas aplicáveis e método para a sua revisão, valor económico e financeiro do plano e conteúdo da minuta de contrato⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Idêntica regulação já constava, no essencial, do quadro normativo anterior, constituído pelos artigos 37-A e seguintes da Lei n.º 109/1994 (“*legge quadro in materia di lavori pubblici*”).

Depois de examinar tais propostas — e, nomeadamente, de comprovar a respectiva viabilidade e interesse geral —, a Administração deve, no prazo de três meses e nos termos previstos no artigo 155.º do diploma citado, determinar a abertura de um concurso para a selecção de duas outras propostas, com base no *critério da proposta economicamente mais vantajosa*. O objecto desse concurso é definido com recurso ao anteprojecto apresentado pelo *primeiro proponente* (eventualmente modificado por determinação da Administração).

De seguida, prevê-se o lançamento de um novo procedimento, desta feita um procedimento por negociação sem publicidade, no qual se analisam e avaliam a proposta do *primeiro proponente* e as duas propostas previamente seleccionadas no âmbito do referido concurso, com vista à prática do acto de adjudicação.

Na versão inicial do Código, previa-se, no artigo 154.º, que, no termo do mencionado procedimento de negociação, o *primeiro proponente* poderia adaptar a sua proposta àquela que tivesse obtido maior pontuação, tornando-se, nesse caso, no adjudicatário da concessão. O que equivale ao reconhecimento de um direito de preferência (*prelazione*) em benefício do *primeiro proponente* (40).

Posteriormente, o Decreto-Legislativo n.º 113, de 31 de Julho de 2007 (41), suprimiu este direito. Na base desta supressão, esteve o entendimento, defendido pelo Conselho de Estado italiano, no parecer de 7 de Junho de 2007, no sentido de que o direito de preferência é “inconveniente” porque torna pouco apetecível a participação no concurso tendente à selecção de duas novas propostas, é “arriscado”, porque subtrai, no plano de facto, certos contratos do âmbito da concorrência (42).

14. Igualmente significativos são os casos detectados em diplomas nacionais relativamente recentes (43), no contexto da específica regulação de certos procedimentos de formação de contratos públicos.

(40) Para maiores desenvolvimentos, cfr., por último, ADOLFO MARIO BALESTRI, “La sequenza di regime della finza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di *prelazione*”, *Urbanistica e appalti*, Ano XIII, 5/2009, pp. 525-532. Cfr., também, entre outros, GIANFRANCO NAPOLITANO / ANDREA MAZZIERI / DIEGO NAPOLITANO, *Il “Project Financing”*, Nápoles, 2006, pp. 224-244; e MAURIZIO ZOPPOLATO, “Il *Project Financing*”, *Legge Quadro sui Lavori Pubblici (Merloni-Ter)*, coord. Danilo Mazzocco, Carlo Angeletti, Maurizio Zoppoloto, Milão, 1999, pp. 566 ss.

(41) Aprovado em matéria de “Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, reconta il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, a norma dell’ articolo 25, comma 3, della logge 18 aprile 2005, n. 62 (Logge comunitaria 2004)”.

(42) Cfr. MARIA ALESSANDRA SANDULLI / ROSANNA DE NICTOLIS / ROBERTO GAROFOLI, *Trattato sui Contratti Pubblici*, IV, Milão, 2008, pp. 2635-2637.

(43) Para sucintas referências históricas às primeiras concessões de obras públicas celebradas em Portugal na sequência da apresentação de manifestações de interesse por particulares, cfr.

a) Um desses casos situa-se no quadro do *regime jurídico da operação portuária*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de Agosto (44).

Este diploma fez depender, em regra, o exercício da actividade de movimentação de cargas da existência de um contrato de concessão de serviços públicos, cuja celebração teria de ser precedida de um procedimento concursal. O mesmo legislador procurou, porém, ter em consideração a realidade vivida nalguns portos nacionais, nos quais se assistiu, durante vários anos, à colaboração de diversas entidades, titulares de direitos de uso privativo sobre terrenos domaniais ou de contratos de concessão de serviços ou de obras públicas, na actividade de movimentação de cargas. Assim, de forma a permitir o necessário reajustamento e regularização do enquadramento existente, o Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de Agosto, estabeleceu, em sede de disposições finais e transitórias — mais concretamente, no seu artigo 36.º —, um regime excepcional e provisório, em que se previa a possibilidade de, a pedido do particular, se proceder à convolação ou revisão de anteriores contratos de concessão de serviços ou de obras públicas, bem como de títulos atributivos de direitos de uso privativo de terrenos integrados no domínio público, de modo a que esses contratos e títulos passassem a abranger e habilitar o exercício, no âmbito da concessão ou da área privativa correspondente, do serviço público de movimentação de cargas.

A deliberação ministerial de convolação ou revisão de títulos, nos termos preconizados pelo artigo 36.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de Agosto, mostrava-se vinculada ao cumprimento de diversas condições materiais, destinadas a assegurar o “*equilíbrio das condições de concorrência no porto*”. Neste sentido, determinava o artigo 36.º, n.º 2, do mencionado diploma, a necessidade de alteração das contrapartidas e taxas cobradas, de modo a garantir a justa retribuição do alargamento ou substituição do objecto dos títulos anteriores. Quando os termos propostos para o novo quadro contratual se revelassem passíveis de gerar a *distorção das condições de concorrência*, preceituava o artigo 36.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de Agosto, a impossibilidade de convolação ou revisão. Nesse caso, poderia, contudo, a autoridade portuária, quando a entidade concessionária ou licenciada o requeresse, determinar a abertura de concurso público, gozando o particular, a final, de um *direito de preferência* (cfr. artigo 36.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de Agosto).

b) Atente-se, por outro lado, no regime jurídico aplicável à *aprovação de licenças e à celebração de contratos de concessão de uso privativo de terrenos*

entre nós JOÃO M. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos*, Coimbra, 1914, p. 16; e ARMANDO A. MARQUES GUEDES, *A Concessão*, I, Lisboa, 1954, p. 60.

(44) Na redacção conferida pelos Decretos-Leis n.º 324/94, de 30 de Dezembro, e n.º 65/95, de 7 de Abril.

do domínio público hídrico, de acordo com o disposto na Lei da Água (aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro) e respectivo diploma complementar (Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio).

Segundo a Lei da Água, certas formas de utilização privativa do domínio público hídrico pressupõem a celebração de um contrato administrativo de concessão (artigo 61.º). É o que sucede com as utilizações que se destinem à satisfação de interesses de carácter geral e/ou que impliquem a realização de investimentos avultados, com um longo prazo de amortização.

O contrato de concessão de uso privativo do domínio público hídrico substancia um contrato administrativo típico, cuja formação está sujeita a normas de direito público, estabelecidas no artigo 68.º da Lei da Água e, bem assim, nos artigos 21.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio (45).

Essas normas começam por esclarecer que a celebração do aludido contrato tanto pode ter lugar na sequência de um procedimento oficiosamente iniciado na esteira de impulso administrativo, como pode “resultar de pedido apresentado pelo particular junto da autoridade competente” (46). Esta segunda

(45) Como acima se mencionou, o CCP regula a formação, em termos que se pretendem concorrenciais e abertos, de todos os contratos públicos (de colaboração ou atribuição) cujo objecto abranja prestações susceptíveis de serem submetidas à concorrência de mercado, com excepção dos contratos mencionados nos respectivos artigos 4.º e 5.º. Nessa conformidade, o artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, veio determinar a revogação de “toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível”. Com base nesta disposição, poderiam considerar-se revogadas as citadas normas da Lei da Água e do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio. Não cabendo na presente sede examinar a fundo esta questão, a verdade é, porém, que a defesa de uma tal conclusão, em termos absolutos e peremptórios, enfrenta algumas dificuldades. Assim, relativamente à formação de contratos de concessão de uso privativo, poderia admitir-se a derrogação das normas concernentes aos procedimentos de formação resultantes de iniciativa pública (derrogação essa que aparentemente não teria relevantes implicações, porquanto o regime estabelecido nos diplomas em análise já remetia, no essencial, para o regime geral aplicável em matéria de contratação pública, então constituído pelas “normas relativas à celebração de contratos de empreitadas de obras públicas ou de fornecimentos e aquisição de bens e serviços”). O mesmo já não sucede, porém — ao menos, de forma imediata — quanto às particularidades previstas na Lei da Água e do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, para os procedimentos desencadeados por decisão da Administração na sequência de pedido de particular, cujo teor seguidamente se verá, uma vez que não se trata de matéria regulada pelo Código (conforme exige o mencionado artigo 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro). Aliás, isto mesmo foi reconhecido pelo legislador, quando veio aprovar, já depois da publicação do CCP, o Decreto-Lei n.º 93/2008, de 4 de Junho, com vista a realizar uma “alteração de carácter interpretativo” de algumas normas estabelecidas no Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, a respeito da tramitação a que se sujeita a celebração de contratos de concessão na sequência de pedido de um particular. O CCP não deverá, portanto, afastar ou prejudicar a disciplina especificamente estabelecida a esse respeito, desde que se mostrem assegurados os princípios subjacentes ao regime da contratação pública.

(46) Cfr. artigo 24.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio.

hipótese está regulada no n.º 5 do artigo 68.º da Lei da Água e nos n.ºs 4 e 5 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, *ex vi* do n.º 5 do artigo 24.º do mesmo diploma.

Conforme aí se dispõe, na sequência da apresentação por um interessado de um pedido de uso privativo, e realizada uma apreciação preliminar do respectivo teor, a autoridade competente procede à publicitação do mesmo, através da afixação de editais e da publicação de anúncio no jornal oficial [cfr. artigo 21.º, n.º 4, alíneas a), b) e c)]. Por esta via, abre-se a faculdade de, no prazo de 30 dias, outros interessados virem requerer para si a emissão de título com o mesmo objecto e finalidade ou, pelo contrário, apresentar objecções à atribuição do título requerido.

Decorrido o referido prazo sem que seja apresentado um pedido concorrente, pode ser celebrado o contrato de concessão com o requerente inicial — desde que, obviamente, a sua pretensão seja considerada viável pela Administração e se conforme com as normas e condicionamentos vigentes [cfr. artigo 21.º, n.º 4, alínea d)]. Se, pelo contrário, durante o decurso de tal prazo, forem apresentados pedidos idênticos ou similares, a autoridade competente — considerando o projecto interessante — deve iniciar o procedimento concursal estabelecido no n.º 3 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, publicitando as peças do concurso e permitindo que, nele, apresentem proposta todos os que demonstraram interesse na concreta utilização dos recursos hídricos [cfr. artigo 21.º, n.º 4, alínea e), e artigo 21.º, n.º 3, alínea a)].

Compete depois ao júri do concurso apreciar o mérito das várias propostas e ordená-las segundo o critério de adjudicação previamente fixado e demais metodologia de avaliação, sendo então escolhida a proposta qualificada em primeiro lugar. No entanto, conforme estabelece o n.º 5 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, tratando-se de procedimento administrativo iniciado pela Administração na sequência de um pedido apresentado por um particular, o primeiro requerente goza, no termo do concurso tramitado entre as várias propostas concorrentes, de um *direito de preferência*, desde que comunique, no prazo de 10 dias a contar da notificação da proposta adjudicada, sujeitar-se às condições da mesma (47).

c) Enfim, importa igualmente destacar a solução preconizada na *proposta de lei sobre o regime geral dos bens do domínio público*, aprovada pelo Conselho de Ministros em 12 de Fevereiro de 2009 e publicada no *Diário da Assem-*

(47) Para uma descrição sumária do regime em apreço, cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Energia eléctrica e utilização de recursos hídricos”, *Cadernos O Direito*, n.º 3, 2008, pp. 41-44.

bleia da República, II Série, n.º 87, de 21 de Março de 2009 (Proposta de Lei n.º 256/X) ⁽⁴⁸⁾.

Os artigos 62.º a 66.º dessa proposta de lei prevêm expressamente a possibilidade de a abertura de procedimentos de formação de contratos de concessão de uso privativo ou de exploração do domínio público ter lugar na sequência de manifestações de interesse ou solicitações de particulares ⁽⁴⁹⁾. Como estímulo à desejável rentabilização económica dos bens do domínio público — que, numa leitura constitucionalmente adequada, como é sabido, não deve ser visto como um património inerte e improdutivo, mas antes como uma riqueza ou activo administrativo a valorizar ⁽⁵⁰⁾ —, o referido diploma admite, mesmo, que determinadas concessões dominiais, quando se mostrem *assentes em tecnologias originais*, possam ser concedidas por ajuste directo, desde que o seu desenvolvimento seja considerado relevante para o interesse público pelo órgão administrativo competente ⁽⁵¹⁾. De igual modo, com vista a proteger a concepção e a apresentação de modelos de negócio ou tecnologias originais — embora, literalmente, apenas no que respeita à formação de contratos de concessão de uso privativo (e já não de exploração) do domínio público —, o artigo 66.º reconhece um *direito de preferência* ao particular que tiver requerido a abertura do procedimento, desde que, cumulativamente, esta ocorra no prazo de três anos a contar dessa data, em termos semelhantes aos requeridos e apenas sejam submetidos a concorrência aspectos quantitativos ⁽⁵²⁾. O mesmo preceito prevê a possibilidade de consagração de uma disposição em contrário no programa de concurso, carecendo, à primeira vista, porém, o exercício dessa possibilidade — aparentemente desacompanhado da atribuição de qualquer compensação ao primeiro proponente — de adequada fun-

⁽⁴⁸⁾ Note-se desde já, porém, que a referida proposta, dado o termo da última legislatura, carece actualmente de renovação, nos termos previstos no artigo 167.º, n.º 5, da Constituição.

⁽⁴⁹⁾ Nesse sentido, determina o artigo 63.º, n.º 3, da mencionada proposta que “os interessados podem requerer ao órgão competente a abertura de um procedimento pré-contratual, justificando a sua oportunidade e conveniência para os interesses públicos e privados envolvidos”.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. RUI MEDEIROS / LINO TORGAL, Anotação ao artigo 84.º da Constituição, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, II, Coimbra, 2006, pp. 88-89.

⁽⁵¹⁾ Cfr. artigo 62.º, n.º 3, da proposta em análise.

⁽⁵²⁾ Concretamente, dispõe o citado artigo 66.º o seguinte: “Salvo disposição em contrário prevista no programa de concurso, o interessado que tiver requerido à entidade titular do bem de domínio público a abertura de procedimento de concessão de uso privativo tem direito de preferência na sua adjudicação, desde que, cumulativamente: a) Esta ocorra no prazo de três anos a contar dessa data, em termos semelhantes aos requeridos; b) A pretensão particular se caracterizasse pela originalidade do negócio a desenvolver ou da tecnologia a utilizar; c) Apenas sejam submetidos a concorrência aspectos quantitativos”.

damentação (nomeadamente, na não originalidade, na incompletude ou na inadequação da proposta apresentada ⁽⁵³⁾).

15. Em face do exposto, verifica-se que a atribuição *ex lege* de direitos de preferência a exercer no quadro de procedimentos de formação de contratos públicos não consubstancia uma prática completamente desconhecida do direito português; pelo contrário, registam-se, desde há vários anos, relevantes casos de teor ou sentido idêntico.

III. DA ADMISSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE UM REGIME ESPECIAL DE CONTRATAÇÃO DE CONCESSÕES DE OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS NA SEQUÊNCIA DE PROPOSTAS NÃO SOLICITADAS

A) Principais condicionantes à conformação jurídico-legislativa do regime de contratação pública

16. A análise da possibilidade de criação, no nosso ordenamento jurídico, de um regime de contratação pública adequado à “tramitação” de “*Propostas Não Solicitadas*” implica que se proceda, desde logo, à identificação dos principais limites à tarefa de conformação legislativa das matérias concernentes à formação de contratos públicos.

Com efeito, e como é sabido, os actos legislativos não revestem carácter inteiramente descondicionado, estando desde logo vinculados aos princípios e regras que decorrem da Constituição e das fontes de Direito Comunitário.

A previsão de uma disciplina jurídica própria para a contratação pública de concessões de obras públicas e de serviços públicos “a pedido” ou sob proposta de entidades privadas encontra-se, portanto, igualmente submetida aos mencionados princípios e regras.

⁽⁵³⁾ Reconhece-se, não obstante, que, com esta leitura, a expressão “salvo disposição em contrário prevista no programa de concurso” perde relevância, uma vez que a possibilidade de consagração da referida disposição acaba por se restringir aos casos em que, à partida, já não estão reunidos os pressupostos de que depende, nos termos das diversas alíneas do artigo 66.º, o reconhecimento de um direito de preferência ao primeiro proponente. Refira-se ainda que, em bom rigor, a ausência de qualquer previsão no programa de concurso relativa ao direito de preferência do primeiro proponente deve equiparar-se à situação de existência de disposição em contrário no mencionado programa, atendendo que, como adiante se verá, um tal direito — bem como, as particularidades de regime decorrentes do respectivo exercício — deve sempre constar das competentes peças do procedimento.

17. Na presente sede, cumpre começar por atentar que a consagração constitucional dos princípios da prossecução do interesse público, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade, da racionalização e da participação dos cidadãos nas deliberações que lhes digam respeito, conduz a que não seja indiferente, para a Lei Fundamental, “o modo como o legislador estrutura os procedimentos de contratação administrativa e de escolha do co-contratante” (54). Na verdade, os citados princípios “hão-de aplicar-se necessariamente em matéria de contratação administrativa e impor-se-ão, antes de mais, ao legislador na sua tarefa de regulamentação da organização e actividade administrativas, de tal modo que em todas as suas tarefas, a Administração tenha capacidade e possibilidade efectivas de respeito pelos princípios constitucionalmente impostos” (55).

Assim, e mais concretamente, o artigo 267.º, n.º 1, da Constituição impõe uma garantia de “transparência nos procedimentos de actuação e decisão dos serviços administrativos” (56), ao passo que os princípios da igualdade e da imparcialidade, contemplados no artigo 266.º, n.º 2, da referida Lei determinam, nesta sede, que “o legislador opte, em regra, por procedimentos de escolha do co-contratante que assegurem efectivo tratamento igual de todos os que pretendem contratar com a Administração, que impeça, favoritismos ou desfavores, e que garantam a ponderação em cada escolha feita pela Administração de todos os interesses relevantes” (57). Em suma, “no plano do princípio da igualdade propriamente dito, impõe-se que o legislador rodeie a contratação administrativa de um regime que não implique por si próprio a desigualdade de tratamento dos cidadãos” (58). A imparcialidade prescrita na Constituição, por seu turno, tendo como “primeiro destinatário o próprio legislador”, apresenta claras repercussões na definição e regulamentação das estruturas e meios organizatórios da Administração, bem como na selecção das formas de recrutamento dos agentes envolvidos (59).

18. Todos estes princípios e exigências encontram igual consagração no Direito Comunitário.

(54) Cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O concurso público nos contratos administrativos*, Lisboa, 1997, p. 257.

(55) Cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O Concurso Público*, p. 257.

(56) Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 927.

(57) Cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O Concurso Público*, p. 258.

(58) Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, p. 100.

(59) VIEIRA DE ANDRADE, “A Imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, XLIX, 1974.

Com efeito, como foi expressamente declarado na *Comunicação Interpretativa* aprovada pela Comissão Europeia sobre as *Concessões em Direito Comunitário* (60) [e, seguidamente, reiterado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”), no Acórdão proferido em 7 de Dezembro de 2000, no Caso *Telaustria* (Proc. n.º C-324/98) (61)], mesmo no que toca aos contratos excluídos do âmbito de aplicação dessas directivas — como é o caso das concessões de serviços públicos — não deixam de se fazer sentir (e cumprir) as vinculações decorrentes das regras fundamentais do *Tratado que instituiu a Comunidade Europeia* (que, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, passará a denominar-se “Tratado sobre o funcionamento da União Europeia”, e que, adiante, é simplesmente identificado por “Tratado”) (62).

De entre os princípios que derivam do texto e espírito do Tratado — e cuja estrita aplicação se impõe em matéria de formação de contratos públicos —, destacam-se os *princípios de igualdade de tratamento e de não discriminação em razão da nacionalidade*, os quais comportam uma *obrigação de transparência* traduzida no dever de assegurar, “a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura do mercado dos contratos de serviços à concorrência, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação” (63). Para tal, exige-se por um lado, a publicação de um anúncio que permita às empresas sedeadas noutro Estado-Membro acederem às informações relativas ao contrato antes de este ser celebrado, de forma a que, se o desejarem, possam manifestar o seu interesse na realização das actividades contratadas; por outro, para efeitos da adjudicação, impõe-se a tramitação de um procedimento adequado a permitir condições de concorrência equitativas para todos os operadores económicos interessados, o que passa, desde logo, por uma definição não discriminatória do objecto do contrato, pela garantia de uma igualdade de acesso para os operadores económicos de todos os Estados-Membros, pelo reconhecimento mútuo de diplomas, certificados e outros comprovativos de qualificações formais, o estabelecimento de prazos apropriados e a adopção de uma abordagem transparente e objectiva ao nível da avaliação das propostas.

(60) Publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (“JOUE”), de 29 de Abril de 2000, pp. 121-2 ss.

(61) A propósito deste acórdão, cfr. BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O método de escolha do co-contratante da administração nas concessões de serviços públicos*, CJA, n.º 26, 2001, pp. 3 ss.

(62) Nesse mesmo sentido, embora com objecto diferenciado, se pronunciou a Comissão na sua *Comunicação Interpretativa sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos*, de 23 de Junho de 2006, publicada no JOUE, de 1 de Agosto de 2006, pp. 179-2 ss.

(63) Cfr. Acórdão *Telaustria* do TJCE, de 7 de Dezembro de 2000 (Proc. n.º C-324/98).

19. Em face do exposto, impõe-se, pois, reconhecer o papel assumido pelos princípios enquanto fonte fundamental do direito da contratação pública⁽⁶⁴⁾, incluindo-se aqui “princípios gerais de direito interno e comunitário (v. g., igualdade, imparcialidade, concorrência), mas também princípios específicos da realidade comunitária (v. g., proibição da discriminação em razão da nacionalidade e reconhecimento mútuo) e ainda princípios específicos da realidade da contratação pública (v. g., intangibilidade das propostas (e estabilidade das peças do procedimento)”⁽⁶⁵⁾.

No entanto, no que respeita às concessões de obras públicas, outras determinações se extraem das fontes de Direito Comunitário derivado, mais concretamente, das “directivas da contratação pública”.

Ainda que se trate de um regime “light”⁽⁶⁶⁾, recorde-se que a Directiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços)⁽⁶⁷⁾, contém disposições aplicáveis aos contratos de concessão de obras públicas celebrados por entidades adjudicantes, cujo valor seja igual ou superior a 5.150.000 euros (cfr. artigos 56.º a 61.º). Em particular, o artigo 58.º dessa Directiva estabelece que “as entidades adjudicantes que desejem recorrer à concessão de obras públicas darão a conhecer a sua intenção através de um anúncio, o qual deve conter as informações indicadas no anexo VII C e, se necessário, outras informações consideradas úteis pela entidade adjudicante, em conformidade com o formulário-tipo adoptado pela Comissão nos termos do n.º 2 do artigo 77.º”. Paralelamente, o artigo 59.º determina que, “nos casos em que as entidades adjudicantes recorram à concessão de obras públicas, o prazo para apresentação das candidaturas à concessão não deve ser inferior a 52 dias a contar da data de envio do anúncio, excepto nos casos a que se refere o n.º 5 do artigo 38.º”.

Daqui resulta que o estabelecimento de normas legais aplicáveis à contratação de concessões de obras públicas deve igualmente coadunar-se com as exi-

⁽⁶⁴⁾ Cfr., sobre a matéria, CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra, 2007, pp. 105 ss. e 213 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais da contratação pública”, *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, p. 55.

⁽⁶⁶⁾ Na sua redacção actual, conferida pela Directiva n.º 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho de 2009.

⁽⁶⁷⁾ CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários*, p. 383. Nesse mesmo sentido, ainda que na perspectiva do regime anteriormente estabelecido na Directiva n.º 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, refere a *Comunicação Interpretativa sobre as Concessões em Direito Comunitário*, publicada no JOUE, de 29 de Abril de 2000, que “no que respeita às concessões de obras, o concedente poderá escolher livremente o processo mais apropriado, nomeadamente optar por um processo negociado.” (p. 121-9).

gências estabelecidas (sobretudo, em matéria de publicidade e prazos) nos artigos 56.º a 61.º da Directiva n.º 2004/18/CE.

B) Apreciação preliminar da admissibilidade de um regime especial aplicável às propostas não solicitadas

20. Peranto o quadro acima enunciado, verifica-se, à partida, que a resposta à questão da admissibilidade de criação de um regime aplicável às “*Propostas Não Solicitadas*” não reveste um carácter uno ou global, antes pressupõe ou implica a diferenciação, para o efeito, das diferentes vertentes potencialmente abrangidas pelo mencionado regime, a saber: *i)* consagração da possibilidade de apresentação de “*Propostas Não Solicitadas*” por parte de eventuais interessados na adjudicação de concessões de obras públicas e de serviços públicos; *ii)* previsão de uma fase procedimental concernente à análise e aprovação administrativa interna das propostas apresentadas; e *iii)* criação de normas especiais aplicáveis à formação dos contratos públicos tendentes à concretização das mesmas propostas.

21. No tocante à primeira vertente — consagração da possibilidade de a Administração desencadear procedimentos de contratação pública na sequência de propostas apresentadas por entidades privadas —, parece claro que a mesma não levanta relevantes questões de admissibilidade jurídica. Na verdade, na óptica do mencionado quadro, desde que se encontre assegurado o respeito por um acervo de princípios essenciais (com destaque — como adiante se verá — para o *princípio da imparcialidade*), nada obsta a que a decisão pública de contratar tenha na sua base um impulso de autoria privada, aproveitando-se, assim, os benefícios da colaboração dos entes privados na concepção e desenvolvimento de projectos de infra-estruturas públicas.

Cumpra, aliás, salientar que o estabelecimento de nexos de colaboração entre a Administração e o sector privado encontra acolhimento na própria garantia constitucional de participação dos interessados na gestão efectiva dos serviços da Administração ou na tomada das respectivas decisões (cfr. artigo 267.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição). De igual modo, sempre se poderia entender que a faculdade de submissão de “*Propostas Não Solicitadas*” já decorreria do disposto no artigo 7.º, n.º 1, alínea *b)*, do CPA (nos termos do qual cumpre à Administração Pública “apoiar e estimular as iniciativas dos particulares e receber as suas sugestões e informações”), com tendencial aplicação a todos os domínios da actuação administrativa, *ex vi* do artigo 2.º, n.º 5, do CPA. Nesta base, pode afirmar-se que já hoje podem ser apresentadas à Administração *Propostas Não Solicitadas* para concessões de obras e de serviços públicos, sendo certo, porém, que a essa apresentação não se encontra associada qualquer vantagem específica para o proponente no quadro do procedimento que venha depois a ser iniciado

para a formação do contrato (ainda que, nos casos em que o mesmo apresente uma proposta de elevada qualidade, o conhecimento específico do projecto possa, de facto, conferir-lhe uma vantagem relativa “natural” face à eventual concorrência).

Esclareça-se, de novo, que o reconhecimento desta faculdade não tem por efeito a eventual preterição do “poder (público) organizatório do titular do serviço público”⁽⁶⁸⁾ ou da (futura) obra pública e/ou a atribuição ao *primeiro proponente* de qualquer direito à obtenção da correspondente concessão. Na verdade, a mencionada faculdade deve reconduzir-se, conforme referido, à mera possibilidade de impulsionar ou estimular a abertura de procedimentos adjudicatórios tendentes à implementação de projectos públicos, dependendo pois a efectiva abertura de tais procedimentos — bem como a respectiva conformação — da ponderação e decisão próprias da entidade administrativa competente. Não está, portanto, repete-se uma vez mais, em causa a possibilidade de instauração, propriamente dita, de *procedimentos pré-contratuais de iniciativa particular*, mas, antes, de regular a colaboração dos particulares nos prolegómenos da decisão pública de contratar.

22. A previsão de uma tramitação especial a observar na sequência da apresentação de “*Propostas Não Solicitadas*”, com vista à realização das operações de análise, avaliação e aprovação administrativas internas dessas propostas, não parece igualmente suscitar problemas de relevo.

Aliás, esse regime pode encontrar legítima fundamentação na *norma de procedimentalização administrativa*, cuja aplicação ao exercício da *autonomia pública contratual* foi oportunamente justificada por SÉRVULO CORREIA através da sua conhecida afirmação segundo a qual “a anteposição, relativamente à celebração do contrato administrativo, de um “degrau” procedimental tendo por objecto a decisão unilateral da Administração sobre o “se” da contratação, o “com quem” e, pelo menos, as linhas gerais do contrato serve para realizar interesses públicos e, também, para salvaguardar interesses dos particulares”⁽⁶⁹⁾.

23. A vertente regulatória cuja admissibilidade cumpre, na presente sede, esclarecer prende-se, assim, com o modo de regulação dos procedimentos de contratação de concessões de obras públicas e de serviços públicos oficiosamente iniciados na sequência da apresentação e validação de “*Propostas Não Solicitadas*”. Por outras palavras, impõe-se indagar se será legítimo estabelecer

⁽⁶⁸⁾ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão*, p. 205, defendendo, nessa base, um “princípio de necessária oficiosidade do procedimento”.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, p. 579.

regras especiais aplicáveis a tais procedimentos, com implicações no modo de “selecção do co-contratante” da Administração.

A este respeito, poderia, à partida, dizer-se que a existência de casos paralelos no ordenamento nacional aponta no sentido da conformidade das referidas soluções. Em todo o caso, não pode negar-se que semelhante argumento, sendo relevante, não é, porém, suficiente (sobretudo, se se atender à especificidade das figuras contratuais abrangidas pelos mencionados casos paralelos: concessões dominiais).

A questão reveste, assim, carácter controverso, carecendo de análise e, sobretudo, de acrescida sustentação lógico-argumentativa.

Neste contexto, importa pois destacar os principais condicionalismos a atender, em particular, no estabelecimento de soluções especiais no âmbito do regime legal aplicável aos procedimentos de formação de contratos de concessão promovidos na senda da apresentação de “*Propostas Não Solicitadas*”.

i) Exclusão de soluções contrárias aos princípios da prossecução do interesse público e da racionalidade administrativa

24. Um primeiro limite evidente à regulação dos procedimentos de contratação de “*Propostas Não Solicitadas*” consiste na necessidade de assegurar a respectiva conformidade com os princípios da prossecução do interesse público e da racionalidade na utilização dos meios e recursos administrativos.

Nesta base, considera-se à primeira vista excluída a possibilidade de estabelecimento de soluções típicas do “*Bonus System*”, as quais conduzem, em última análise, à adjudicação da proposta apresentada pelo *primeiro proponente* em situações em que a mesma não é, em termos de medição de *performance*, a melhor proposta, tendo apenas beneficiado — por razões alheias ao respectivo mérito — de determinada majoração ou valor percentual adicional.

Tais soluções contrariariam abertamente os acima mencionados princípios, tendentes a assegurar a satisfação do interesse geral, o qual exige que a proposta adjudicada seja a melhor para as necessidades colectivas a satisfazer e não, simplesmente, a primeira a ser apresentada⁽⁷⁰⁾.

ii) Respeito pelos princípios gerais de contratação pública

25. Cumpre depois recordar que as regras procedimentais aplicáveis à contratação de “*Propostas Não Solicitadas*” devem igualmente coadunar-se com as exigências decorrentes dos princípios gerais de contratação estabelecidos na Constituição e no Tratado.

⁽⁷⁰⁾ Neste sentido, cfr. ANABELÉN CASARES MARCOS, *La concesión*, p. 312.

A regulação básica associada aos mencionados princípios assume, como é natural, um conteúdo menos denso do que aquele que se acha estabelecido nas directivas e diplomas nacionais da contratação pública. Esses princípios impõem, essencialmente — como vimos —, a adopção de procedimentos pré-contratuais transparentes, assentes num grau adequado de publicitação prévia destinado a garantir a abertura à concorrência e a observância do princípio da imparcialidade. Ou seja, e segundo as palavras da própria Comissão, “o regime que decorre das disposições pertinentes do Tratado pode ser resumido nas obrigações seguintes: estabelecimento de regras aplicáveis à selecção do parceiro privado, publicidade adequada relativa à intenção de atribuir uma concessão e às regras que presidem à selecção, de molde a permitir o controlo da imparcialidade ao longo de todo o processo, situação de concorrência efectiva dos operadores potencialmente interessados e/ou em condições de assegurar o cumprimento das tarefas em questão, respeito do princípio da igualdade de tratamento dos participantes ao longo de todo o processo, adjudicação com base em critérios objectivos e não discriminatórios” (71).

Perante isto, verifica-se, não obstante, que a criação de um regime legal prevendo a atribuição a determinadas entidades privadas de específicas vantagens no quadro da formação de contratos de concessão de obras e de serviços públicos pode, à primeira vista, suscitar problemas de compatibilização com o princípio da concorrência, nas vertentes da *intangibilidade das propostas e da estabilidade das peças do procedimento*, e, bem assim, com o princípio da *igualdade de tratamento*. Tais problemas revestem carácter reforçado no caso da implementação de soluções características do “*Swiss Challenge System*”, ou seja, da previsão de uma regra que atribua um direito de preferência ao *primeiro proponente*.

26. De forma a garantir o respeito pelo *princípio da concorrência*, podem adoptar-se cautelas do tipo das que outrora conduziram, no ordenamento jurídico italiano, ao aditamento de prescrições destinadas a assegurar que o aviso de abertura do procedimento adjudicatório contém expressa indicação das particularidades de regime potencialmente aplicáveis a esse procedimento (como é o caso da atribuição de um direito de preferência ao *primeiro proponente*) (72).

(71) Cfr. *Livro Verde sobre as Parcerias Público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, de 30 de Abril de 2004 (n.º 30), a que se seguiu a *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário sobre contratos públicos e concessões*, de 15 de Novembro de 2005.

(72) De facto, a Lei n.º 62, de 18 Abril de 2005 (“Lei comunitária 2004”), introduziu na Lei n.º 109/1994 (“*legge quadro in materia di lavori pubblici*”), substituída pelo actual Código dos

Com efeito, sem prejuízo da afirmação de um princípio geral de intangibilidade, a lei pode admitir ou pressupor a alterabilidade da proposta apresentada, devendo porém os concretos termos dessa possibilidade resultar, de forma expressa, clara e estável, do disposto na lei ou nas competentes peças do procedimento. De igual modo, a imediata previsão nas peças do procedimento das soluções especiais aplicáveis em função da natureza do impulso que subjaz à decisão de contratar impede a formação de quaisquer dúvidas a respeito da estabilidade das mencionadas peças procedimentais.

Neste preciso sentido, recorda ANABELÉN CASARES MARCOS que, se a consagração de um direito de preferência pode suscitar, à partida, problemas interpretativos em face dos princípios comunitários, é, em todo o caso, possível estabelecer fórmulas de articulação desse direito com os princípios da transparência e publicidade, de modo a assegurar o conhecimento prévio pelos concorrentes dos critérios de adjudicação (73).

27. Maiores dúvidas resultam, porém, da análise do *princípio da igualdade de tratamento*, com assento nos artigos 13.º e 266.º, n.º 2, da Constituição, e consagração em diversos lugares do Direito Comunitário.

A este propósito, refere a *Comunicação Interpretativa* aprovada pela Comissão *sobre as Concessões em Direito Comunitário* que “o princípio geral de igualdade de tratamento, cuja interdição de discriminação em razão da nacionalidade é apenas uma expressão específica, é um dos princípios fundamentais do direito comunitário. Este princípio impõe que não se tratem de forma diferente situações análogas, a menos que a diferença de tratamento se justifique por razões objectivas” (74). Nesta conformidade, “o princípio da igualdade de tratamento implica, nomeadamente, que as regras do jogo devem ser conhecidas por todos os potenciais concessionários e devem aplicar-se de igual forma a todos eles” (75).

De igual modo, o TJCE tem vindo a afirmar que o respeito do princípio da

Contratos Públicos italiano (“*Código dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”), o seguinte preceito: “*L'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 37-ter, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 37-quater, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti*”. A mesma previsão foi contemplada na versão inicial daquele Código, no respectivo artigo 153.º, n.º 3.

(73) Cfr. ANABELÉN CASARES MARCOS, *La concesión*, p. 312, e doutrina aí indicada.

(74) Cfr. JOUE, de 29 de Abril de 2000, p. 121-6.

(75) Cfr. JOUE, de 29 de Abril de 2000, p. 121-6.

igualdade de tratamento exige que todas as propostas sejam conformes com as prescrições do caderno de encargos, a fim de garantir uma comparação objectiva entre essas mesmas propostas, não podendo as entidades adjudicantes tomar em consideração alterações introduzidas nas propostas iniciais por um só concorrente (cfr. acórdãos *Storebaelt e Concordia Bus* (76)).

O referido Tribunal procurou também realçar que “o procedimento de comparação das propostas deve pois respeitar, em todas as suas fases, tanto o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes como o da transparência, a fim de que todos os concorrentes disponham das mesmas possibilidades na formulação dos termos das suas propostas” (77). Ao abrigo dessa jurisprudência, tende a considerar-se que “o princípio da igualdade de tratamento entre concorrentes não depende de uma eventual discriminação em razão da sua nacionalidade ou de outros critérios de distinção” (78).

Por outro lado, referiu ainda a Comissão, no *Livro Verde sobre as Parcerias Público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, de 30 de Abril de 2004, que “o facto de um projecto de utilidade pública ter a sua origem numa iniciativa privada não altera a natureza dos contratos celebrados entre as entidades adjudicantes e os operadores económicos”, revelando-se, deste modo, “oportuno diligenciar para que os processos utilizados neste âmbito não venham a privar os operadores económicos europeus dos direitos que lhes confere o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões” (79).

Em particular, a Comissão considera que, “no mínimo, o acesso de todos os operadores europeus a este tipo de projecto deve ser assegurado, por exemplo, por meio de publicidade adequada do convite para apresentar um projecto. Seguidamente, se a autoridade pública pretender executar o projecto apresentado, deve organizar um concurso aberto a todos os operadores económicos potencialmente interessados pelo desenvolvimento do projecto aprovado, oferecendo todas as garantias de imparcialidade da selecção” (80).

Não deixa, em todo o caso, a Comissão de reconhecer a possibilidade de se recompensar o *primeiro proponente* mediante a atribuição de determinadas vantagens no âmbito do procedimento adjudicatório tendente à execução do projecto. A este propósito, refere porém que “tais soluções merecem um exame atento, de modo a evitar que as vantagens concorrenciais dadas ao ini-

(76) Dados, respectivamente, de 22 de Junho de 1993 e 17 de Setembro de 2002 (Procs. n.º C-243/89 e n.º C-513/99).

(77) Acórdão *Bus Wallons*, de 25 de Abril de 1996 (Proc. n.º C-87/94).

(78) Cfr. JOUE, de 29 de Abril de 2000, p. 121-7.

(79) Cfr. *Livro Verde sobre as Parcerias Público-privadas*, n.ºs 39 e 40.

(80) Cfr. *Livro Verde sobre as Parcerias Público-privadas*, n.º 40.

ciador do projecto colidam com a igualdade de tratamento dos candidatos” (81) (82).

28. Foi com base no citado princípio da igualdade de tratamento que a Comissão Europeia instaurou, em 2004, uma acção de incumprimento contra a República italiana (Proc. n.º C-412/04) em virtude do disposto nos artigos 37.º-A a 37.º-C da Lei n.º 109/1994, os quais regulavam, em termos essencialmente similares aos actuais, a contratação de concessões de obras públicas na sequência de proposta espontaneamente apresentada por entidades privadas.

Com efeito, considerou a Comissão que o referido regime procedimental italiano favorecia duplamente o promotor relativamente a todos os outros potenciais concorrentes: por um lado, o promotor era automaticamente chamado a participar no procedimento de negociação (sem publicidade) para a atribuição da concessão, independentemente de qualquer comparação entre a sua proposta e as apresentadas pelos participantes no concurso promovido pela Administração para seleccionar os seus competidores directos; por outro, ao promotor era reconhecida a faculdade de alterar a sua proposta para a adaptar àquela que a entidade adjudicante considerara a melhor (vantagem que, no entender da Comissão, equivaleria ao reconhecimento, a favor do referido promotor, de um direito de prioridade — *rectius*, de uma preferência — na atribuição da concessão).

Deve salientar-se que o TJCE veio, entretanto, a concluir no sentido da improcedência da referida acção (cfr. Acórdão *Comissão/República Italiana*, de 21 de Fevereiro de 2008, Proc. n.º C-412/04), mas com fundamentos de natureza estritamente formal, não procedendo sequer ao esclarecimento da questão substantiva suscitada no pleito (83) — razão pela qual o aresto em causa não constitui um forte elemento de apoio na presente análise.

(81) Cfr. *Livro Verde sobre as Parcerias Público-privadas*, n.º 41.

(82) Sobre esta temática, veja-se ainda o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o “Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões” [COM (2004) 327 final], in JOUE, de 20 de Maio de 2005, p. C 120/103 ss., no que se refere que “vários países já instituíram um direito específico que recorre à possibilidade de actores privados proporem um projecto às autoridades públicas responsáveis. Esta prática, já corrente em Itália, deveria poder ser estendida a outros Estados-Membros que, presentemente, não dispõem de procedimentos semelhantes.

(83) A este respeito, importa destacar a seguinte passagem do acórdão proferido pelo TJCE: “*Resulta do artigo 38.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e da jurisprudência a ele relativa que a petição inicial deve conter o objecto do litígio e a exposição sumária dos fundamentos do pedido, e que esta indicação deve ser suficientemente clara e precisa para permitir ao demandado preparar a sua defesa e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização. Daqui resulta que os elementos essenciais de facto e de direito em que se funda uma acção devem decorrer, de forma coerente e compreensível, do texto da própria petição e que os*

29. Sem prejuízo do referido, cremos porém ser possível defender que o princípio da igualdade de tratamento não obsta, liminarmente, à possibilidade de criação de um regime especial aplicável à contratação pública promovida pela Administração na sequência de pedido de entidades privadas, mesmo que o mesmo assente na atribuição de um direito de preferência a estas entidades.

Com efeito, o princípio da igualdade admite, de acordo com a teorização efectuada pelas jurisprudências constitucional e comunitária, a criação de *diferenças de tratamento fundadas em razões objectivas*. Assim, e conforme tem sido sublinhado pelo Tribunal Constitucional, esse “princípio não impede que, tendo em conta a liberdade de conformação do legislador, se possam (se devam) estabelecer diferenciações de tratamento, “razoável, racional e objectivamente fundadas”, sob pena de, assim não sucedendo, “estar o legislador a incorrer em arbítrio, por preterição do acatamento de soluções objectivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes”. (...) Ponto é que haja fundamento material suficiente que neutralize o arbítrio e afaste a discriminação infundada” (84) e, de igual modo, não se trate de uma “diferenciação de tratamento baseada em critérios subjectivos (v. g., ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social)” (85).

Daqui resulta que as disposições especiais eventualmente estabelecidas na matéria em apreço devem apresentar, em termos objectivos e claros, a respectiva *fundamentação* — por princípio, traduzida no reconhecimento do papel assumido pelo *primeiro proponente* (86), no quadro da prossecução optimizada do exercício

pedidos desta última devem ser formulados de forma inequívoca a fim de o Tribunal de Justiça não correr o risco de decidir ultra petita ou de se abster de decidir quanto a uma acusação (acórdão de 26 de Abril de 2007, Comissão/Finlândia, C-195/04, Colect., p. I-3351, n.º 22, e jurisprudência aí referida). No caso vertente, quanto ao presente fundamento, a petição da Comissão não satisfaz essas exigências. Com efeito, através da sua acção, a Comissão pretende que se declare que a República Italiana não cumpriu determinadas obrigações que lhe são impostas pelas Directivas 92/50, 93/36, 93/37 e 93/38, bem como pelos artigos 43.º CE e 49.º CE. Ora, no âmbito deste fundamento, a Comissão não indica quais dessas directivas e/ou disposições do Tratado a República Italiana violou especificamente ao alegadamente ter violado o princípio da igualdade de tratamento. De resto, no que respeita aos artigos 43.º CE e 49.º CE, estes não estabelecem uma obrigação geral de igualdade de tratamento, mas antes, como resulta da jurisprudência referida no n.º 66 do presente acórdão, a proibição de discriminação em razão da nacionalidade. Ora, a Comissão não fornece qualquer indicação relativa a uma eventual existência dessa discriminação no âmbito do presente fundamento”.

(84) Cfr. Acórdão n.º 319/00, de 21 de Junho, apoiado no Acórdão n.º 563/96, de 10 de Abril.

(85) Cfr. Acórdão n.º 412/02, de 10 de Outubro.

(86) Cfr. GIANFRANCESCO FIDONE / BIANCAMARIA RAGANELLI, “Finanza di Progetto e Diritto Comunitario: Compatibilità con il Principio di Parità di Trattamento della c.d. “Prelazione” del Promotore”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, pp. 961 ss.

da função administrativa e, em particular, na melhoria das infra-estruturas e *standards* de prestação dos serviços públicos (87) —, devendo igualmente revestir um teor *limitado* — ou seja, ajustado à prossecução desses valores e interesses. Ou seja, sendo ponto firme a possibilidade de estabelecimento de diferenciações, a questão da admissibilidade das normas que assim procedam depende de um controlo feito a partir dos fins que visam alcançar, tendo por referência o princípio da proibição do arbítrio e, bem assim, um critério de razoabilidade. É a partir da descoberta da *ratio* das disposições em causa que se poderá avaliar se as mesmas possuem uma “fundamentação razoável” (88), o que equivale a dizer que, “[e]stando em causa (...) um determinado tratamento jurídico de situações, o critério que irá presidir à qualificação de tais situações como iguais ou desiguais é determinado directamente pela “ratio” do tratamento jurídico que se lhes pretende dar, isto é, é funcionalizado pelo fim a atingir com o referido tratamento jurídico” (89).

30. Donde se extrai, portanto, que os *princípios da concorrência e da igualdade* não afastam — embora condicionem — a possibilidade de criação, em matéria de concessões de obras e de serviços públicos, de um regime especial de contratação para as “*Propostas Não Solicitadas*”, assim como não vedam, à partida, a opção por qualquer um dos sistemas de regulação acima enunciados (com excepção, pelas razões acima também apresentadas, do “*Bonus System*”).

C) Definição de um possível modelo de regulação

31. Alcançado um juízo prévio de admissibilidade, jusconstitucional e juscomunitário, quanto a um eventual regime legal aplicável, com carácter especial, aos procedimentos de formação de concessões de obras públicas e de serviços públicos iniciados na sequência da apresentação de “*Propostas Não Solicitadas*”, cabe agora enunciar alguns dos princípios e critérios fundamentais a observar na definição desse regime.

32. Importa começar pelos termos da *análise e aprovação administrativas dos projectos apresentados por particulares*.

A este respeito, poderia seguir-se um esquema próximo daquele que tem vindo a integrar a generalidade dos sistemas, constituído, basicamente, pelos

(87) Cfr. MASSIMO RICCHI / LAURA GEMINIANI, “PPP, Finanza di Progetto e Diritto di Prelazione”, *Documento UFP, Fevereiro 2007*, pp. 9 e 10.

(88) Cfr. F. ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1989, pp. 419 ss.

(89) Cfr. MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO, “Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula «carregada» de sentido?”, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 358, Lisboa, 1987, p. 27.

seguintes actos e formalidades: *i)* apresentação pelo interessado de uma proposta referente à execução de um projecto de interesse público junto do órgão ou serviço administrativo competente; *ii)* análise administrativa da proposta apresentada; *iii)* aprovação, dentro de determinado prazo, de uma decisão preliminar de aceitação ou de rejeição da proposta do particular; *iv)* convite administrativo à apresentação de uma proposta detalhada, no caso de aceitação preliminar da mesma; e, por fim, *v)* aprovação, dentro de certo prazo, de uma decisão final de aceitação ou de rejeição da proposta.

Sem prejuízo da observância desta estrutura ou similar, considera-se essencial que o regime especial faça depender a aplicação das respectivas normas — dadas as implicações que daí advêm — da verificação de certos pressupostos e requisitos, a aferir no âmbito do procedimento de análise e aprovação administrativa interna dos projectos apresentados (ou seja, previamente à abertura oficiosa de qualquer procedimento adjudicatório). Trata-se de uma primeira condição necessária à compatibilização daquele regime com o princípio da igualdade, traduzida na comprovação da respectiva singularidade (e na inerente fundamentação), segundo juízos de proporcionalidade.

a) No âmbito dos pressupostos e requisitos cuja verificação se impõe estabelecer, devem incluir-se, desde logo, os concernentes ao *carácter inovador do projecto*.

Na concretização deste ponto, poderiam contemplar-se diversos factores, como é o caso: *i)* do *envolvimento de novos conceitos e tecnologias*; e *ii)* da *não correspondência com projectos incluídos na lista de projectos prioritários da Administração e cujos termos se encontrem já cabalmente definidos*, ou, *com projectos que já se encontrem em análise pelos órgãos e serviços competentes ou, eventualmente, numa fase de concepção avançada por outras entidades privadas* ⁽⁹⁰⁾.

Uma das condições impostas, na prática, a este respeito traduz-se na necessidade de a “*Proposta Não Solicitada*” não dizer respeito a um projecto abrangido, a título principal, pelo objecto de um procedimento adjudicatório cuja abertura tenha tido previamente lugar ou tenha sido já oficialmente anunciada pelos poderes públicos responsáveis ⁽⁹¹⁾. Outra possível condição, exigida aliás entre nós pela *proposta de lei sobre o regime geral dos bens do domínio público*, consiste na exigência de criação de *modelos de negócios ou tecnologias originais* [cfr. artigo 66.º, alínea *b)*].

⁽⁹⁰⁾ Cfr. JOHN HODGES / GEORGINA DELLACHA, *Unsolicited Infrastructure Proposals — How Some Countries Introduce Competition and Transparency*, Working Paper nr. 1, 2007.

⁽⁹¹⁾ Cfr. UNCITRAL, *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*, recommendation 30 and chap. III, para. 109.

b) Paralelamente, a aplicação do regime especial em apreço, implica que se proceda à *prévia comprovação do interesse público do projecto* e, bem assim, da *oportunidade da respectiva execução*, em face das orientações estabelecidas nos competentes instrumentos de planeamento ou de programação plurianual de investimentos e, simultaneamente, atendendo às limitações decorrentes da necessidade de cabimento em verba orçamental legalmente aplicável dos eventuais encargos públicos resultantes do projecto.

Em contrapartida, não se considera, essencial — a não ser por razões burocráticas ou orçamentais — o condicionamento da apresentação de “*Propostas Não Solicitadas*” dentro de um determinado prazo a contar desde o início de cada ano económico; assim como não se apresenta como indispensável a fixação de um valor mínimo associado à execução dos projectos, para efeitos da respectiva submissão ao regime especial em apreço (à semelhança do que sucede em alguns ordenamentos jurídicos).

33. No regime em análise, deveriam igualmente impor-se regras exigentes quanto ao conteúdo e instrução das “*Propostas Não Solicitadas*”, seja na respectiva versão preliminar, seja na versão detalhada.

Desta forma, poderá garantir-se a apresentação de elementos que permitam efectivamente atestar o *mérito (rectius, inovação)* do projecto apresentado e, bem assim, a respectiva *viabilidade*, condição indispensável à decisão pública de proceder à sua execução. Para efeitos de identificação cabal destes elementos, deverá atender-se aos elementos que normalmente instruem a preparação e estudo de parcerias público-privadas ou, de um modo geral, que antecedem a decisão de contratar da Administração. Neste domínio, poderá igualmente relevar a análise das soluções estabelecidas noutros países, cumprindo destacar o disposto no artigo 112.º, n.º 2, da actual lei espanhola sobre contratação pública e execução de contratos administrativos (LCSP), em que se procede à definição, de modo bastante densificado, dos dados, análises, informações e estudos que devem integrar o estudo de viabilidade de concessões ⁽⁹²⁾.

⁽⁹²⁾ Este estudo deve, na verdade, abranger os seguintes pontos: *a)* finalidade e justificação da obra e a definição dos seus elementos essenciais; *b)* previsões sobre a procura da obra e a incidência económico-social desta na respectiva área de influência e sobre a rentabilidade da concessão; *c)* apreciação dos dados e informações eventualmente existentes em matéria de planeamento territorial, sectorial ou urbanístico; *d)* estudo de impacto ambiental, quando este seja obrigatório segundo a lei vigente, ou, nos demais casos, análise ambiental das alternativas e das correspondentes medidas correctoras e protectoras necessárias; *e)* justificação da solução proposta; *f)* riscos operativos na construção e exploração da obra; *g)* custo do investimento da obra a realizar e descrição do financiamento a adoptar; *h)* estudo de segurança e de saúde, nos termos da legislação aplicável. Nesta matéria, ainda que a propósito do regime precedente, cfr. ANABELÉN CASARES MARCOS, *La concesión*, pp. 269 ss.

Em qualquer caso, porém, considera-se assente a necessidade de apresentação de uma descrição da *finalidade e características* do projecto, acompanhada da definição da *solução e meios técnicos a adoptar* e da *composição da estrutura jurídica ou financeira* inerentes ao contrato a celebrar. Estes elementos podem ser complementados pela junção de estudos de natureza jurídica, financeira e fiscal, bem como pela apresentação do correspondente *estudo de impacte ambiental* ou *avaliação de incidências ambientais*, quando exigíveis. Já não se considera, pelo contrário, adequado impor a apresentação — tal como sucede no direito italiano — de uma minuta de contrato de concessão, porquanto uma tal exigência poderia reforçar as dúvidas suscitadas pelo regime em apreço — nos termos que adiante se explicitarão — na óptica da aplicação do princípio da imparcialidade administrativa.

34. Por seu turno, o regime especial em análise deveria reconhecer à Administração Pública uma ampla margem de livre decisão na apreciação do projecto. A ponderação a efectuar neste quadro deve, com efeito, cingir-se ao “quadro da prossecução do interesse superior da racionalização dos meios a utilizar”⁽⁹³⁾, não podendo, em momento algum, ser “pressionada” — sob pena de *desvio de poder contratual* — pela satisfação dos interesses subjacentes às pretensões deduzidas pelos interessados.

a) De forma a assegurar este aspecto poderia, eventualmente, contemplar-se uma prescrição de teor idêntico à introduzida pelo Decreto-Lei n.º 93/2008, de 4 de Junho⁽⁹⁴⁾, no artigo 21.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio (diploma que, como vimos, regula a atribuição de concessões dominiais de uso privativo a pedido dos interessados).

Com efeito, o citado Decreto-Lei n.º 93/2008, de 4 de Junho, veio esclarecer que “o procedimento concursal de iniciativa dos particulares não se inicia forçosa e automaticamente com a apresentação do pedido pelo particular, mas sim apenas quando a administração entenda que o mesmo se justifica ou que não existem razões que obstam à sua abertura, determinando a publicitação do pedido apresentado”⁽⁹⁵⁾. Nessa conformidade, foi aditada ao Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, a seguinte disposição: “a autoridade competente aprecia o pedido apresentado, verificando se existem causas que obstem desde logo à abertura do procedimento, nomeadamente o incumprimento de alguma das condições referidas no artigo 10.º de que depende a emissão do

⁽⁹³⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, p. 667.

⁽⁹⁴⁾ Com a Declaração de Rectificação n.º 32/2008, de 11 de Junho.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 93/2008, de 4 de Junho.

título, a sua inoportunidade ou inconveniência para o interesse público ou, ainda, o facto de se pretender atribuir essa utilização por via de iniciativa pública” [cfr. artigo 21.º, n.º 4, alínea b), do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio].

b) Cumulativamente, de forma a assegurar a estrita adequação dos fins visados com a decisão de “aceitação” de uma “*Proposta Não Solicitada*”, o regime em análise deveria igualmente incluir uma referência expressa aos *efeitos negativos do silêncio da Administração*.

Invoque-se, a título de exemplo, a norma constante do artigo 112.º, n.º 5, da LCSP, nos termos da qual “o silêncio da Administração (...) equivale à não aceitação do estudo (de viabilidade formulado)”.

c) Cumpre, em todo o caso, deixar claro que as sugestões aqui apresentadas não significam que as tarefas de análise e aprovação administrativa interna dos projectos não devam ser efectuadas no quadro de um *iter* procedimental objecto de cuidada e densa regulação, de modo a evitar a rejeição de projectos social e economicamente acertados e, pelo contrário, a aprovação de projectos com consequências desastrosas ou, ao menos, pouco favoráveis, do ponto de vista das finanças públicas⁽⁹⁶⁾.

Isto, do mesmo modo que se concorda que — sem prejuízo da existência de uma ampla margem de livre decisão administrativa —, se se pretende realmente incentivar a intervenção dos particulares neste âmbito e favorecer a apresentação pelos mesmos de projectos inovadores que detectem e colmatem positivamente carências efectivas de dotação de infra-estruturas, é preciso exigir à Administração que fundamente adequadamente todas as suas decisões de rejeição de projectos, detalhando com o máximo rigor possível, e com base em critérios objectivos preestabelecidos, os motivos pelos quais não considerou oportuno avançar com a análise (e eventual execução) do projecto⁽⁹⁷⁾.

35. Por último, refira-se que, nos casos em que a execução do projecto apresentado envolva o lançamento e a contratação de uma parceria público-privada, deveria ainda antever-se a observância das condições e procedimentos correspondentes, nos termos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril⁽⁹⁸⁾, ou, ao menos⁽⁹⁹⁾, em conformidade com o disposto no CCP.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. ANABELÉN CASARES MARCOS, *La concesión*, p. 278.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. ANABELÉN CASARES MARCOS, *La concesión*, p. 301.

⁽⁹⁸⁾ Na redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

⁽⁹⁹⁾ Caso se viesse a confirmar que esse diploma foi afinal revogado, tal como defendeu PEDRO SIZA VIEIRA: cfr. “O Código dos Contratos Públicos e as parcerias público-privadas”, *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, p. 513.

36. Assegurada a equilibrada regulação do procedimento de análise e aprovação de “*Propostas Não Solicitadas*”, cumpriria, por seu turno, equacionar a possibilidade de, entre esse procedimento e a abertura do competente procedimento adjudicatório, se proceder a diligências prévias, destinadas a promover uma primeira sondagem dos níveis (e condições) de concorrência no mercado.

Neste contexto, importa considerar a solução constante do *regime jurídico aplicável à aprovação de licenças e celebração de contratos de concessão de uso privativo de terrenos do domínio público hídrico* (Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio): aqui, recorde-se, após o interessado apresentar o respectivo pedido, e realizada uma apreciação preliminar do respectivo teor, a autoridade competente procede à publicitação do mesmo pedido, através da afixação de editais e da publicação no jornal oficial [cfr. artigo 21.º, n.º 4, alíneas a), b) e c)]. Decorrido o referido prazo sem que seja apresentado um pedido concorrente, é celebrado o contrato de concessão com o requerente inicial — desde que, obviamente, a sua pretensão se mostre viável e oportuna (o que carece de ser ponderado administrativamente) e se conforme com as normas e condicionamentos vigentes [cfr. artigo 21.º, n.º 4, alínea d)].

A adopção de uma solução similar, no âmbito em análise, tanto poderia permitir obviar à abertura de procedimentos administrativos pré-contratuais complexos e dispendiosos, nos casos de ausência de interessados no projecto em causa, como, nos casos de sinal contrário, poderia facultar à Administração o acesso a outros projectos e/ou soluções, para os mesmos fins, contribuindo para uma mais consciente e integrada decisão de contratar e para uma correcta conformação do objecto e metodologia de avaliação do procedimento adjudicatório a desencadear. Em abstracto, a previsão desta “fase intermédia” poderia inclusivamente possibilitar — em casos e termos a estabelecer — a eventual inflexão pela Administração na definição do modelo ou solução, com base na proposta inicial apresentada, e, desse modo, o lançamento de um procedimento adjudicatório com diferente objecto e âmbito (cessando, neste caso, quaisquer vantagens ou direitos especiais reconhecidos ao *primeiro proponente*).

Em qualquer caso, saliente-se que a eventual adopção desta solução deveria sempre assegurar o estrito cumprimento das exigências impostas em matéria de publicidade, de forma a garantir que todas as empresas (incluindo as sedeadas em qualquer outro Estado-Membro) tenham acesso às informações relativas ao projecto ⁽¹⁰⁰⁾. No caso de projectos referentes a concessões de obras públi-

⁽¹⁰⁰⁾ O que não significa, contudo, que as autoridades administrativas não devam procurar assegurar a confidencialidade dos dados ou elementos constantes do projecto que consubstanciem possíveis termos da proposta a apresentar pelo *primeiro proponente* e que, por esse motivo, se encontrem abrangidos — ainda que mediata ou indirectamente — pela tutela conferida às propostas elaboradas no âmbito de procedimentos concursais.

cas, as referidas exigências de publicidade deverão, aliás, articular-se com o disposto nos artigos 56.º a 61.º da Directiva n.º 2004/18/CE.

37. Na sequência da “validação” administrativa do projecto formulado no âmbito de uma “*Proposta Não Solicitada*”, cumpriria então dar início ao procedimento administrativo adequado à formação do contrato destinado a servir de base à respectiva execução. Esse procedimento poderia, por princípio, reconduzir-se aos tipos previstos no Código dos Contratos Públicos para a formação de concessões de obras e serviços públicos (concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou procedimento de negociação), sem prejuízo das particularidades introduzidas em benefício do *primeiro proponente*.

Neste contexto, importa, contudo, começar por destacar a necessidade de, no âmbito do procedimento escolhido, se assegurar o respeito de um princípio geral aplicável à Administração e, em particular, à contratação pública: o *princípio da imparcialidade administrativa*.

De um modo geral, a imparcialidade administrativa procura obviar à ocorrência de situações capazes de pôr em causa a isenção da Administração. Com base neste princípio, a nossa jurisprudência vem defendendo — em termos que recebem hoje relativa consagração no CCP ⁽¹⁰¹⁾ — a impossibilidade, à luz do princípio da imparcialidade, de participação (a título principal ou sob a forma de assessoria a um concorrente) no âmbito de um concurso ou de outro procedimento adjudicatório de uma empresa com prévia intervenção na preparação das peças do procedimento (em especial, do caderno de encargos) ⁽¹⁰²⁾. Na mesma linha, determinava já o n.º 2 do artigo 14.º-F do Decreto-Lei n.º 86/2003 (Regime Jurídico das PPPs) que “o consultor externo que venha a prestar serviços de consultoria ao parceiro público na preparação, avaliação, acompanhamento, renegociação ou outra intervenção referente a uma determinada parceria público-privada que lhe permita o acesso a informação não disponível publicamente fica impedido de prestar assessoria ao parceiro privado ou a qualquer entidade que se apresente como concorrente no âmbito dessa parceria”.

Ora, à primeira vista, poderia defender-se a aplicação de idêntica conclusão à situação que decorreria da aplicação do regime em apreço; de facto, nessa situação, assiste-se à participação no âmbito de determinado procedimento de contratação pública do autor do projecto com base no qual o referido procedimento foi iniciado.

Refira-se, não obstante, que um tal entendimento não revestiria necessariamente carácter fundado. Neste sentido, bastaria atentar que “hoje existe na lei

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. artigo 55.º, alínea j), do CCP.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de Abril de 2002.

um procedimento especialmente adequado para os casos em que as entidades adjudicantes carecem dos conhecimentos técnicos dos particulares (como normalmente sucede nos contratos inovadores ou particularmente complexos), procedimento que, por um lado, permite o aproveitamento desses conhecimentos, mas, por outro lado, não impede, pelo contrário, os particulares intervenientes de apresentarem depois uma proposta para o contrato que se pretenda adjudicar: trata-se do diálogo concorrencial, regulado nos artigos 204.º e segs. do CCP” (103). Idêntico sentido se extrai da análise do Direito comparado. No direito espanhol, o artigo 112.º, n.º 5, da LCSP não coloca quaisquer objecções à participação, num procedimento de atribuição de concessões, do autor do estudo de viabilidade que conduziu à decisão administrativa de contratar.

O entendimento acima mencionado nem sequer decorre da aplicação dos princípios comunitários: pelo menos, se se considerar o sentido e alcance que lhes empresta o TJ, que, em vários casos (por exemplo, Fabricom, de 3.3.2005), entendeu que, existindo uma situação (...), de assessoria ou apoio técnico, deve ser dada a oportunidade ao concorrente de “provar que, nas circunstâncias do caso concreto, a experiência adquirida não pode ter falseado a concorrência” (104). A própria Directiva n.º 2004/18/CE admite expressamente, conforme já referido, que, “antes da abertura de um processo de adjudicação de um contrato, as entidades adjudicantes podem, recorrendo a um “diálogo técnico”, solicitar ou aceitar pareceres que possam ser utilizados para a elaboração do caderno de encargos, na condição de que esses pareceres não tenham por efeito impedir a concorrência” (105).

Neste quadro, concluiu recentemente o Supremo Tribunal Administrativo, em sede de recurso excepcional de revista, que “o princípio da imparcialidade não tem forçosamente de ser protegido através da forma abstracta e máxima de protecção, que poderia ser a adopção de um princípio da transparência consubstanciado no estabelecimento de impedimentos proibindo a participação nos concursos, como concorrentes, de entidades que estivessem em determinadas situações que permitem concluir que a sua participação no concurso gera risco ou perigo de violação do princípio da imparcialidade. Na

(103) Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios”, pp. 96 e 97.

(104) Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios”, p. 98. Idêntico entendimento foi recentemente defendido pelo TJCE, a respeito de uma disposição nacional que, tendo em vista a garantia dos princípios da igualdade de tratamento dos proponentes e da transparência no âmbito dos processos de adjudicação dos contratos públicos, estabelecia uma proibição absoluta de participação simultânea e concorrente num mesmo concurso de empresas entre as quais exista uma relação de domínio ou que estejam associadas entre si, sem lhes dar a possibilidade de demonstrar que a dita relação não teve influência sobre o seu comportamento respectivo no âmbito desse concurso (Acórdão *Assitur*, de 19 de Maio de 2009, Proc. n.º C-538/07).

(105) Cfr. Considerando 8.º

verdade, mesmo sem uma protecção desse tipo, com criação de impedimentos de participação, não deixa de ser possível assegurar a implementação prática do princípio da imparcialidade, controlando as concretas violações que se detectarem, que podem conduzir à eliminação jurídica dos actos praticados sem observância desse princípio” (106).

Parece assim que o princípio da imparcialidade não obsta à criação de um regime do tipo do acima referido. Todavia, esse mesmo princípio aconselha — sobretudo, atendendo à leitura preconizada pela jurisprudência comunitária e nacional — que se adoptem cautelas adicionais no sentido de assegurar que o conhecimento pela entidade adjudicante de, pelo menos, parte da proposta apresentada pelo *primeiro proponente* e a utilização de informação extraída desse elemento como base de elaboração das peças do procedimento não implica a distorção das condições reais de concorrência. Ou seja, importa assegurar a inexistência de fundados riscos ou suspeições quanto à isenção e objectividade da entidade adjudicante aquando da elaboração das peças concursais.

Neste sentido, cumpriria estabelecer algumas regras relativas à elaboração dessas peças, estabelecendo-se a proibição de qualquer intervenção, nesse âmbito, por parte do *primeiro proponente* e, sobretudo, afirmando-se a liberdade da Administração na execução das tarefas aí envolvidas (concretamente, na definição da solução técnica a executar, na delimitação dos aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos e na concretização da correspondente metodologia de avaliação).

O regime em análise deveria também assegurar que a Administração, no exercício daquelas tarefas, não possa proceder, sem mais, a uma adopção pura e simples — e, sobretudo, imponderada — da solução técnica e demais aspectos relevantes preconizados no projecto do *primeiro proponente*. Ou seja, deveria garantir-se que a definição dessa solução será efectuada estritamente com base na respectiva adequação relativamente aos interesses públicos prosseguidos, de acordo com a apreciação efectuada pela Administração (ainda que, naturalmente, por referência ou com base em informação constante ou resultante da proposta não solicitada do *primeiro proponente*). Para esse efeito, cumpriria determinar: *i*) que a entidade adjudicante não pode integrar nas peças do procedimento a referência a aspectos de execução do contrato ou critérios (de qualificação ou adjudicação) que, não se revelando necessários ou adequados à finalidade do contrato, venham claramente favorecer a posição do *primeiro proponente*; *ii*) e que a Administração deve cingir a fixação dos aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência às soluções, meios e especificações técnicas que se revelem absolutamente essenciais à prossecução dos interesses públicos visa-

(106) Cfr. Acórdão de 25 de Março de 2009, Proc. n.º 055/09 (in www.dgsi.pt).

dos, permitindo, no mais, a apresentação de propostas contendo soluções distintas⁽¹⁰⁷⁾. Este dever impõe-se, sobretudo, nos casos em que a Administração tenha tido conhecimento (nomeadamente, por força da eventual realização de uma “fase intermédia”, nos termos acima ponderados) da intenção de apresentação por outros interessados de propostas concorrentes.

Outra medida que — com maiores dificuldades — se poderia equacionar e regular genericamente para este efeito consiste na proibição de inclusão, nas propostas inicialmente apresentadas pelo *primeiro proponente* (ou, por outras palavras, nas propostas apresentadas *antes* da abertura do procedimento adjudicatório), de quaisquer menções quanto aos principais aspectos — sobretudo, de carácter quantitativo — que se prevê que venham a ser submetidos à concorrência, relegando-se a comunicação destes aspectos para momento posterior ao da abertura do procedimento adjudicatório (ou seja, para a fase de apresentação das propostas).

38. Posto isto, impõe-se examinar a específica conformação dos procedimentos adjudicatórios desencadeados no seguimento da aprovação de “*Propostas Não Solicitadas*”, mais concretamente, a possível formulação das vantagens a conferir ao *primeiro proponente*.

Atendendo à experiência verificada no ordenamento jurídico nacional, centrar-nos-emos na determinação dos princípios gerais a atender na definição de um regime baseado na opção pela típica formulação das soluções do “*Swiss Challenge System*”, traduzidas, como vimos atrás, na possibilidade de exercício pelo *primeiro proponente* de um *direito de preferência* na celebração do contrato, de acordo com a melhor proposta apresentada no procedimento.

39. Como vimos atrás, estas soluções podem suscitar algumas dúvidas, sobretudo, a propósito da respectiva conformidade com o *princípio da igualdade*. Impõe-se, portanto, aferir de que forma é possível garantir a compatibilização dos respectivos termos com a tutela do conteúdo essencial desse princípio.

Para esse efeito, considera-se, desde logo, necessário fixar alguns limites ao direito de preferência reconhecido ao *primeiro proponente*. Nomeadamente, considera-se adequado restringir o referido direito de preferência às situações em que:

- i) No procedimento adjudicatório tramitado, tenham sido unicamente submetidos à concorrência aspectos (da execução do contrato) que revistam

⁽¹⁰⁷⁾ Neste sentido, refere o UNCITRAL, *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects* (chap. III, paras. 102) a necessidade de uma maior flexibilidade na definição do objecto dos procedimentos adjudicatórios, traduzida na mera fixação dos resultados esperados com o projecto e não dos meios mediante os quais tais resultados deverão ser alcançados, dispondo os concorrentes de plena liberdade para apresentar os seus próprios processos e métodos.

carácter quantitativo (v. g., *valor de contrapartidas financeiras relevantes, prazo de execução de obras e prazo de vigência da Concessão, montante global de investimentos a realizar*, entre muitos outros); ou,

- ii) Apesar de terem sido submetidos à concorrência, no procedimento adjudicatório tramitado, aspectos (da execução do contrato) que não revistam carácter meramente quantitativo, a diferença de pontuação atribuída à *proposta do primeiro proponente* e à *melhor proposta* avaliada decorra, pura e simplesmente, da avaliação de aspectos quantitativos (da execução do contrato)⁽¹⁰⁸⁾.

40. Esta solução tem correspondência parcial com aquela que se acha estabelecida na *proposta de lei sobre o regime geral dos bens do domínio público* [cfr. artigo 66.º, alínea c)]. E a verdade é que a mesma contribui para assegurar a *razoabilidade* (ou *proporcionalidade*) da discriminação positiva introduzida no procedimento adjudicatório visado, através da atribuição de um direito de preferência ao *primeiro proponente*.

Com efeito, a solução apresentada revela-se, desde logo, conforme com os objectivos visados com a atribuição do mencionado direito — ou seja, com a pretendida *optimização* do exercício da função administrativa —, obrigando o *primeiro proponente* a apresentar, não apenas uma “*boa proposta*”, mas a “*melhor proposta possível*” para a realização do projecto, sob pena de não beneficiar de qualquer vantagem no correspondente procedimento adjudicatório. Por seu turno, a referida solução permite manter um elevado nível de incentivo à participação da concorrência nesse procedimento, considerando que o *primeiro proponente* não dispõe de quaisquer garantias ou certezas absolutas quanto à adjudicação da respectiva proposta e, de igual modo, quanto à possibilidade de execução do projecto em causa.

A solução assinalada permite, assim, precaver os riscos identificados pela doutrina italiana a respeito do direito de preferência consagrado no artigo 153.º do Código dos Contratos Públicos italiano, mediante a referência ao fenómeno conhecido, na esfera económica, por “*azzardo morale*” (ou “*moral hazard*”)⁽¹⁰⁹⁾, riscos esses que estiveram precisamente na base da ulterior eliminação desse direito.

⁽¹⁰⁸⁾ Em alternativa ou, mesmo, cumulativamente, e de forma a estimular o surgimento de outros interessados, poder-se-ia prever que o exercício pelo *primeiro proponente* do respectivo direito de preferência depende dos resultados obtidos pela sua proposta: caso a diferença existente entre as pontuações obtidas por esta proposta e a *melhor proposta* seja superior a determinado valor percentual, o *primeiro proponente* não deve dispor de direito de preferência.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. GIANFRANCESCO FIDONE, “Un’applicazione”, pp. 10 ss.

41. Adicionalmente, a mesma solução, pelas condições que estabelece, acaba por definir os concretos moldes de exercício do direito de preferência, condicionando-o (mas, ao mesmo tempo, viabilizando-o) nos casos em que a proposta vencedora se mostre fundada numa solução técnica distinta da preconizada pelo *primeiro proponente*.

De acordo com a mencionada solução, o exercício do direito de preferência por esse concorrente confere-lhe a possibilidade de executar o contrato, de acordo com os termos e especificações técnicas da sua proposta, com excepção daqueles aspectos quantitativos que, tendo sido submetidos à concorrência, acabaram, em sede de medição de *performance* (avaliação), por receber pontuação inferior à obtida pela melhor proposta; quanto a estes aspectos e apenas quanto a estes, o primeiro proponente deverá, se quiser exercer o seu direito de preferência, alterar a respectiva proposta, adaptando-a aos valores constantes da melhor proposta.

É, aliás, legítimo afirmar-se que, por via de regra, apenas deste modo se poderia conceber o direito de preferência em análise. Com efeito, a exigência de garantia de *igualdade de condições*, para o exercício, no âmbito civilístico, de direitos de preferência⁽¹¹⁰⁾, não é de aplicação fácil ou imediata à celebração de contratos de concessão de obras e serviços públicos. Se, relativamente ao que sucede com os contratos de compra e venda — e com diversos outros contratos onerosos — a garantia de uma igualdade de condições se prende apenas com o *oferecimento do mesmo preço*, o mesmo já não sucede com os contratos que — como os concessórios — integram direitos e obrigações de diversa natureza. Nesses contratos, como é evidente, os termos propostos por um determinado concorrente para o exercício de alguns direitos e obrigações não podem, pela sua natureza, ser igualados por outros concorrentes, precisamente por respeitarem a qualidades e condições próprias (e exclusivas), em matéria empresarial e comercial, do respectivo proponente.

Por este motivo, parece pois que o direito de preferência eventualmente atribuído ao *primeiro proponente* apenas poderá ser exercido nas situações em que o mesmo possa executar o contrato, nos termos previstos na respectiva proposta, alterando apenas os aspectos quantitativos relativamente menos valorizados no exame concorrencial realizado. E, pelas demais condições que se impõem ao exercício desse direito, nas situações referidas, nem sequer se levantam especiais dúvidas quanto à equiparação, no plano dos fins de interesse público visados, das condições asseguradas pelo respectivo titular.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr., nomeadamente, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, Coimbra, 1989, p. 339, ou M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, 1997 (reimp.), p. 189.

42. A título de breves notas finais, importa chamar a atenção para três pontos complementares.

Por um lado, na definição da disciplina legal em análise, poderá revelar-se igualmente conveniente fixar, tal como sucede na *proposta de lei sobre o regime geral dos bens do domínio público* [cfr. artigo 66.º, alínea a)], o prazo durante o qual é reconhecido um direito de preferência ao *primeiro proponente*, direito esse que poderá ser exercido após uma decisão de rejeição do seu projecto, no quadro da análise e aprovação administrativa interna do mesmo, no caso da subsequente abertura de um novo procedimento adjudicatório tendente à consecução de um projecto (significativamente) idêntico ao por si apresentado.

Paralelamente, importa novamente realçar a necessidade de observância dos requisitos de publicidade requeridos a nível comunitário (e, bem assim, nacional), prevendo-se — à semelhança do que sucedia no direito italiano — a obrigatoriedade de inclusão de menções expressas, nos anúncios publicados e nos competentes documentos, às particularidades dos procedimentos em causa.

Por último, deve mencionar-se a possibilidade de se prever o pagamento ao *primeiro proponente* de uma compensação pelos custos incorridos com a elaboração da respectiva proposta, nos casos em que esse concorrente não se tenha tornado (por opção própria ou não) no adjudicatário e em que a respectiva proposta se tenha revelado *completa, suficiente e correcta*. Idêntica compensação deveria, aliás, ser reconhecida ao autor da proposta vencedora, no caso de o *primeiro proponente* vir a exercer, sobre a mesma, o respectivo direito de preferência, aqui residindo mais um forte incentivo ao carácter (efectivamente) competitivo dos procedimentos adjudicatórios tramitados para efeitos de execução de "*Propostas Não Solicitadas*"⁽¹¹¹⁾.

43. Em jeito de derradeiro excursus, cumpre apenas referir que os aspectos mencionados — em particular, os relacionados com as exigências impostas pelo *princípio da imparcialidade* — não poderão deixar de ser ponderados no quadro da interpretação e aplicação das normas que actualmente consagram, no direito português, soluções similares, como é o caso, acima mencionado, do regime estabelecido a respeito da celebração de contratos de *concessão de uso privativo do domínio público hídrico* na sequência de pedido apresentado por um interessado. Da observância das cautelas e condicionalismos acima sublinhados depende, com efeito, a conformidade das referidas soluções com as normas

⁽¹¹¹⁾ Sobre os benefícios decorrentes da previsão de uma tal compensação (em certos casos, denominada por "Gain Redemption Clause"), cfr. MASSIMO RICCHI / LAURA GEMINIANI, "PPP, Finanza", pp. 10 ss.

(constitucionais e comunitárias) de hierarquia superior, bem como a manutenção das mesmas, à margem do regime geral de contratação pública constante da Parte II do CCP.

Em particular, no que à aplicação do mencionado regime concerne, cumpre destacar a necessidade de a Administração resistir à tentação de, após a recepção e validação de certo pedido de atribuição de uma concessão de uso privativo do domínio público hídrico, e aquando da elaboração dos documentos do correspondente procedimento, pura e simplesmente acolher ou adoptar o concreto projecto técnico apresentado pelo *primeiro proponente*. Uma tal actuação bem poderá equivaler a impor aos demais interessados na concessão o projecto do *primeiro proponente*, impedindo-os de apresentarem soluções técnicas alternativas para a construção e exploração do aproveitamento dominial pretendido.

A ilegalidade desta situação resulta clara de uma interpretação do disposto no artigo 68.º, n.º 5, da Lei da Água e do artigo 21.º, n.º 4, alíneas c) e d), do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, em conformidade com os princípios que regem a contratação pública. O primeiro destes preceitos determina que, nos concursos para atribuição de concessões de utilização privativa do domínio público iniciados por particulares, os interessados possam apresentar “pedidos idênticos de atribuição da concessão”, isto é, “pedidos com o mesmo propósito”. O segundo esclarece que, sempre que forem apresentados “pedidos concorrentes”, há lugar a um procedimento concursal entre todos os interessados para a atribuição da concessão com o objecto e finalidade proposto pelo particular. Da leitura destas disposições, à luz dos citados princípios, facilmente se verifica que, na elaboração das regras que disciplinam o concurso, a autoridade competente se deve *limitar a definir a finalidade e objecto do pedido de concessão* apresentado pelo *primeiro proponente*, identificando as características genéricas da utilização e as coordenadas da sua localização.

Diversamente, não poderá a mesma autoridade definir antecipadamente uma única especificação técnica para o empreendimento que visa satisfazer tal finalidade, sob pena de se tornar *impossível a apresentação de pedidos concorrentes* — isto é, de pedidos que possam ser considerados opositores uns dos outros, o que pressupõe que efectivamente compitam entre si de acordo com o mérito relativo das soluções alternativas propostas —, e de se tornar, portanto, desprovida de utilidade a determinação imposta pela lei de abrir um concurso entre todos os interessados.

Pelo contrário, o *princípio da concorrência* exige que na formação dos contratos se garanta o mais amplo acesso aos procedimentos dos interessados em contratar, de forma a otimizar o leque de ofertas contratuais disponíveis. E, para que a concorrência seja real e efectiva é ainda necessário que, depois

de chamados os concorrentes, se potencie a comparabilidade das suas propostas, enquanto respostas distintas para obtenção de uma finalidade comum, para se saber, objectiva e imparcialmente, a final, qual a melhor solução que o mercado fornece.

A mesma conclusão resulta também do *princípio da prossecução do interesse público pela Administração Pública*. Com efeito, a abertura de um procedimento concursal, além de expressar uma forma de proteger a concorrência e igualdade entre todos os interessados, visa também contribuir para que mais facilmente se encontre no mercado respectivo a resposta mais adequada à satisfação das necessidades a cargo da entidade contratante. E, neste quadro, é evidente que a busca de uma solução norteada pelo objectivo da prossecução óptima do interesse público será facilitada pela *apresentação a concurso de propostas alternativas*, que, visando uma mesma finalidade, apresentem soluções distintas para a alcançar. Com efeito, sem concorrência de propostas, o leque de escolhas é limitado, sendo menor a probabilidade abstracta de se obter aquela que seria a melhor solução para o interesse público, em todas as suas dimensões.

Finalmente, também o *princípio da imparcialidade* impõe que o regime legal que disciplina o procedimento específico de atribuição da concessão seja interpretado de modo a impedir que a entidade concedente possa adoptar, nas peças concursais, a solução técnica proposta pelo concorrente inicial como única solução admissível. Com efeito, como vimos acima, este princípio postula, designadamente, que os documentos que servem de base ao procedimento não podem conter qualquer cláusula que vise favorecer ou prejudicar interessados em contratar, nem tão-pouco fazer-se, na sua aplicação, qualquer interpretação que contemple tais propósitos.

Em suma, os princípios da concorrência, da prossecução do interesse público e da imparcialidade impõem à Administração que, na configuração do procedimento concursal previsto no artigo 68.º, n.º 5, da Lei da Água e no artigo 21.º, n.º 4, alíneas c) e d), do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, não se restrinja o conteúdo das propostas a apresentar — e, conseqüentemente, a escolha do concessionário — ao projecto apresentado pelo *primeiro proponente*.