

- DIÁLOGO CONCORRENCIAL - MONÓLOGO OU MITO ?

NO ÂMBITO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Angelina Teixeira

ADVOGADA ESTAGIÁRIA



VERBOJURIDICO®

Diálogo Concorrencial – Monólogo ou Mito ?

NO ÂMBITO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Angelina Teixeira
ADVOGADA-ESTAGIÁRIA

*“O espelho reflecte certo, não erra porque não pensa.
Pensar é essencialmente errar (...)”*

Alberto Caeiro

SUMÁRIO:

- A - Suporte Introdutório;
- B - Os «Três batimentos» do diálogo concorrencial;
- C - Desígnios apregoados com a consagração do diálogo concorrencial na Directiva 2004/18/CE e no CCP;
- D - Diálogo concorrencial por acareação com o procedimento por negociação;
- E - A natureza multifacetada do diálogo concorrencial vs negociação;
- F - Diálogo concorrencial – um procedimento mais flexível!?
- G - Os propósitos e preceitos da permissão de escolha do diálogo concorrencial;
- H - Sumária referência à figurada incompatibilidade entre o regime nacional de constituição de parcerias público- privadas e o diálogo concorrencial;
- I - Visão essencial das peças processuais do diálogo concorrencial;
- J - Visão específica das fases do procedimento do diálogo concorrencial;
- J - Nota Conclusiva

A. SUPORTE INTRODUTÓRIO

O presente trabalho¹ aborda uma temática de indubitável actualidade e relevância para o funcionamento da Administração Pública. Os avanços tecnológicos das últimas décadas determinaram os mais complexos negócios. As demandas sociais por transparência e eficiência no maneio das verbas públicas exigem dos gestores cada vez mais, precisão e celeridade. Tida como a principal inovação trazida pela Directiva 2004/18/CE, vem o «Diálogo Concorrencial» tentar dar resposta à ineficiência das soluções encontradas pelas legislações anteriores para os casos de contratos² cujo objecto é particularmente complexo.

¹ Realizado no âmbito da Pós-Graduação Contratação Pública Prática, pela Universidade Católica do Porto, Campus Foz, entre os dias 8 de Outubro a 4 de Dezembro de 2010 com vista atribuição de uma nota de avaliação final.

² Sobre o conceito e limites do contrato público, Vd. ESTORNINHO – MARIA JOÃO, in *La Contratación pública en el horizonte de la integración europea - V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, p.31, INAP.

Fez-se assim eco das vozes³ que já algum tempo vinham chamando atenção para a necessidade premente de elaboração de um código com o regime geral da contratação pública do qual constasse, por um lado, um corpo homogêneo de normas reguladoras dos diversos procedimentos de formação de alguns contratos da Administração Pública – e que não fazia sentido estarem constrangidos a regimes diversos, como sucedia até então – e, por outro lado, o respectivo regime substantivo⁴. Assim, e na esteira das grandes novidades trazidas pelo CCP⁵ foi a introdução no nosso ordenamento jurídico de um novo procedimento de adjudicação⁶ - o «diálogo concorrencial».

O desígnio inicial da Comissão, manifestada na sua Comunicação de 11 de Março de 1998⁷, era a de tornar os procedimentos existentes mais flexíveis e criar um novo procedimento - regra, colocado ao mesmo nível do concurso público⁸ e do concurso limitado, abrindo-os ao diálogo fora das circunstâncias reputadas como excepcionais.⁹

Trata-se pois, de um procedimento¹⁰ novo no regime jurídico da contratação pública, introduzido no ordenamento jurídico nacional em consequência da transposição¹¹ da Directiva 2004/18/CE de 31 de Março de 2004¹².

³ Nesta esteira, já em 2002 escrevia ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE – *As implicações de direito substantivo da reforma do contencioso administrativo*, CJA, n.º34, JUL-AGO, p.78, que “*matéria a propósito da qual é recorrentemente afirmada a necessidade de uma profunda revisão do regime do CPA, é a que se prende com capítulo respeitante aos contratos administrativos dos art.ºs 178.º e ss. Pela nossa parte, parece-nos cada vez mais clara a conveniência de se suprimir mesmo o capítulo, substituindo-o por um capítulo próprio, destinado a regular, nos seus diversos aspectos, o regime geral da contratação pública: Uma Lei Geral dos Contratos da Administração (...)*”.

⁴ Neste propósito, TAVARES, GONÇALO GUERRA e DENTE, NUNO MONTEIRO – *Código dos Contratos Públicos-Âmbito da sua aplicação*, p.14, Almedina, 2008.

⁵ Doravante, Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro, em vigor desde 29 de Julho de 2008 (cfr. art.º 18.º, n.º1 do mesmo Decreto).

⁶ Vd. AZEVEDO, BERNARDO - *Adjudicação e Celebração do Contrato no Código dos Contratos Públicos* - Estudos de Contratação Pública II - Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora. 223-271, Ano de 2010.

⁷ Vd. COM (1998) 143 final, onde se destaca que “*nos mercados especialmente complexos e em evolução contínua como, por exemplo no domínio da alta tecnologia, os adquirentes conhecem as necessidades do sector, mas ignoram a melhor solução técnica para as satisfazer*”. In, SOUSA, LUÍS VERDE DE – *A negociação nos procedimentos de adjudicação – Uma análise do Código dos Contratos Públicos*, nota 195, Almedina, 2010.

⁸ CABRAL, MARGARIDA OLAZABAL – *O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos da Contratação Pública - I – Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora, 2008.

⁹ Nesta esteira, MOLINA, JOSE ANTONIO MORENO – *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público- Estudio Sistemático*, Madrid, La Ley, 2007, p.473.

¹⁰ In, *Dicionário dos Contratos Públicos* – SILVA, JORGE ANDRADE DA, p.171, Almedina, 2010.

¹¹ Em 2007 a FEPICOP veio dizer que “*repudia veementemente a forma como se pretende transpor para a legislação nacional a figura do diálogo concorrencial por entender que a mesma não deve poder ser utilizada de modo generalizado e para obras de qualquer dimensão. Desde logo se salienta que a introdução da figura do diálogo concorrencial mereceu severas críticas por parte das federações empresariais de todos os Estados-Membros, designadamente pelo facto de se entender que não assegurava de forma satisfatória a transparência das negociações e poderia pôr em risco o carácter sigiloso das soluções técnicas individuais apresentadas pelos concorrentes*”. Vd. Parecer em http://www.aiccopn.pt/upload/Parecer_CCP_06_07_07_final.pdf (consultado em 01.04.2010)

¹² Por sua vez, a Directiva 2004/17/CE respeitante aos designados *sectores especiais*, não prevê o diálogo concorrencial. Esta ausência tem como fundamento da Comissão Europeia, no facto de o procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso poder ser, nos referidos sectores, livremente utilizado. Entende a mesma que, apesar de não estar previsto, nada impede a entidade adjudicante que tenha adoptado um procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso de estabelecer, nas respectivas peças, que o procedimento decorrerá de acordo com as regras, consagradas na Directiva respeitante aos *sectores gerais*, referentes ao diálogo concorrencial – Cfr. Nota Explicativa, de 5 de Outubro de 2005. – SOUSA, LUÍS VERDE DE – *A negociação nos procedimentos de adjudicação – Uma análise do Código dos Contratos Públicos*, nota 193, Almedina, 2010.

Nascia assim, a configuração do diálogo concorrencial no nosso CCP¹³ como um dos cinco procedimentos¹⁴ típicos e autónomos¹⁵ de formação de contratos públicos¹⁶ e actos administrativos nele previstos. Pese embora, o facto de partilhar com o «procedimento por negociação» a característica de se tratar de um procedimento especial, *i.e.*, de um procedimento ao qual só se pode recorrer com base em critérios materiais, à margem, portanto, da regra geral de «liberdade de escolha do procedimento»¹⁷ adjudicatório, reveste-se da singularidade de consistir numa absoluta novidade no quadro dos procedimentos administrativos de formação de contratos consagrados nos diplomas que até agora regularam a contratação pública¹⁸, nomeadamente os Decretos-Lei n.ºs 59/99 de 2 de Março, 197/99 de 8 de Junho e 223/2001 de 9 de Agosto¹⁹.

¹³ Sobre “O Código dos Contratos Públicos de 2008”, Vd. SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª Ed. Lisboa, D. Quixote, 2009, p. 25 ss.

¹⁴ Sobre os traços gerais dos procedimentos clássicos no CCP, CABRAL, MARGARIDA OLAZABAL – *CJA*, n.º64, (Julho-Agosto) p. 15 ss.

¹⁵ Os procedimentos pré-contratuais gerais previstos, são nomeadamente, o ajuste directo, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento por negociação e o diálogo concorrencial (cfr. preceituado no art.º 16º, n.º1 do CCP). Assim, podemos desde já, aferir que foram eliminados do regime geral da contratação pública alguns procedimentos pré-contratuais a que anteriormente era possível recorrer à luz do critério geral do valor do contrato, nomeadamente no concurso limitado sem apresentação de candidaturas. Os motivos subjacentes a tal opção do legislador nacional prenderam-se com os desígnios de harmonização de procedimentos e do reforço da concorrência (nos casos dos procedimentos que dispensavam publicidade) e com a falta de autonomia da figura procedimental de consulta prévia (que se consome no ajuste directo). Mais se acrescenta que, o CCP acolhe ainda um conjunto de figuras com relevância procedimental, mas que não são procedimentos adjudicatórios ou procedimentos adjudicatórios autónomos. Nesta senda, MARK KIRKBY- *O Diálogo Concorrencial* - Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: *Coimbra Editora* p.276, distingue por um lado, as figuras que são fases de procedimentos típicos, as figuras que são instrumentos enquadramentos de procedimentos e contratos subsequentes e por último figuras que são instrumentos procedimentais especiais, cuja tramitação segue, grosso modo e por remissão, as regras procedimentais dos procedimentos adjudicatórios típicos. Sobre os “Tipos de procedimentos pré-contratuais gerais” -Vd. SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO DE- *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª Ed. Lisboa, D. Quixote, 2009, p. 88.

¹⁶ In CEDOUA-FDUC-IGAT – *Contratação Pública Autárquica*, Almedina, pág. 21, recordando a noção de “contrato público” – contrato celebrado por uma entidade adjudicante que tenha por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços”. Para mais esclarecimentos, Vd. ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE – *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º66, p.3 e ss. Nov-Dez, 2007,

¹⁷ A este propósito o CCP acolhe um *princípio de liberdade de escolha do procedimento*, que permite, em alternativa, e sem recurso a critérios materiais específicos, optar pela tramitação de ajuste directo, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação. Devemos contudo, ler com as devidas cautelas esta aparente «liberdade» e quiçá o nosso legislador tenha “deixado cair” a expressão *princípio de liberdade de escolha do procedimento*, que epigrafava o actual artigo 18º.

Claro que a entidade adjudicante por escolher «livremente» um dos três procedimentos referidos sem ter de recorrer a um critério material de escolha, com isso se abandonando a terminologia, pouco rigorosa, que fazia apelo a um «critério de escolha do procedimento» baseado no valor do contrato, que, verdadeiramente, não consistia num critério de escolha, mas numa estimativa realizada no âmbito da actividade «infra-estrutural» desenvolvida na preparação do procedimento e que conduzia à conclusão de que a escolha de um determinado tipo de contrato que poderia vir a ser celerado subsequentemente. Desta feita, o artigo 18º do CCP altera o paradigma da regra geral da escolha do procedimento baseada no valor do contrato: é o procedimento escolhido que condiciona ou pode condicionar o valor do contrato a celebrar e não o inverso.

¹⁸ Sobre a importância da contratação pública na construção do mercado único, Vd.VIANA, CLÁUDIA - *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, p.25 ss.Coimbra, Ed., Coimbra. bem como NEVES, ANA FERNANDA (2010) - *Os Princípios da Contratação Pública* - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia II Coimbra: Coimbra Editora.

¹⁹ Diplomas que estabelecem, respectivamente o regime jurídico (de formação e substantivo) do contrato administrativo de empreitada de obras públicas, o regime jurídico da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e serviços e o regime dos procedimentos a observar na contratação de empreitadas, fornecimentos e prestações de serviços nos sectores da água, de energia, dos transportes e das telecomunicações.

Introduzida de resto a partir da sua consagração, igualmente inovatória, foi a Directiva 2004/18/CE²⁰ do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004²¹.

B. OS «TRÊS BATIMENTOS»²² DO DIÁLOGO CONCORRENCIAL

O diálogo concorrencial é revestido como um procedimento, aberto e dinâmico, aplicável a situações em que «o objecto do contrato seja particularmente complexo, impossibilitando a adopção do concurso público e limitado ...» nomeadamente porque a entidade adjudicante não está em condições de definir, com o rigor legalmente imposto²³. Na esteira do autor²⁴, “o diálogo

²⁰ A Directiva 2004/18/CE entrou em vigor em Abril de 2004, obrigando os Estados-Membros a adoptarem suas disposições internamente até Janeiro de 2006. Alguns países foram mais céleres na referida adopção, como, por exemplo, a França e Alemanha, enquanto outros, como Portugal, tiveram um demorado processo até se adaptarem às novas normas comunitárias. Deste modo, a disciplina interna do diálogo concorrencial entre os membros da CE ainda permanece muito heterogénea, ao comparar-se com as experiências de cada país com o instituto, como a seguir será observado, em linhas gerais, de acordo com o que foi particularmente disciplinado em cada Estado. Como exemplo de aplicação prática do instituto estudado, temos o de implementação de uma Rede de Bicicletas de Uso Partilhado complementar à Rede de Transportes Públicos de Lisboa. Na França, o diálogo concorrencial vem sendo aplicado desde 2004, em conexão com a contratação de Parcerias Público-Privadas. A França o país que mais tem utilizado este instituto. Na **Espanha**, o diálogo concorrencial, é disciplinado pela Ley de Contratos del Sector Público (Lei 30/2007). Trata-se, novamente, de procedimento adjudicatório, previsto nos artigos 163.º a 167.º da referida lei. O legislador espanhol, ainda que não tratando com mais minúcias da matéria, deu grande destaque ao procedimento em estudo, posto que, como regra, os contratos de colaboração entre os sectores público e privado serão licitados por meio do diálogo concorrencial. Uma particularidade prevista pelo diploma espanhol é a de uma comissão assistente específica para as adjudicações feitas sob o diálogo concorrencial – uma mesa especial – integrada, além dos habituais componentes da mesa assistente, vinculadas à entidade adjudicante, por sujeitos especialmente qualificados na matéria de que trata o diálogo, designados pelo órgão contratante (art. 296.1). O número de particulares, que não têm necessariamente qualquer outro vínculo com a Administração Pública, não pode ser inferior a um terço dos componentes da mesa. Ainda, não pretende o dispositivo que os referidos especialistas tenham mera participação formal no processo, apenas como requisito instrumental de sua validade, mas, além disso, prevê que estes tenham fundamental actuação, participando das deliberações da mesa “com voz e voto”. Como exemplo de aplicação prática em território espanhol do instituto em tela, é digna de nota a implementação de nova infra-estrutura de rede de comunicações baseada em fibra óptica para servir diversas Universidades e Centros de Pesquisa servidos pela “Redes”, entidade pública empresarial vinculada ao Ministério de Indústria, Turismo e Comércio deste país, órgão adjudicante no procedimento em questão. No **Reino Unido**, o diálogo concorrencial foi disciplinado por meio do Regulamento de Contratos Públicos de 2006 (The Public Contracts Regulation) como procedimento de licitação, consoante o art. 18.º. O formato adoptado pela Directiva 2004/18/CE para o instituto em estudo em muito se deve à influência do Reino Unido quando de sua elaboração. É certo que houve considerável pressão por parte dos sectores públicos e privado britânico para que o texto final da Directiva melhor se harmonizasse com as já existentes práticas britânicas nos contratos de PFI. Deste modo, com o seu advento, o diálogo concorrencial passou a ser adoptado como o procedimento padrão para os casos de contratos PFI lá amplamente utilizados pelo sector público. Temos ainda como exemplos de países que adoptaram o instituto em seus respectivos ordenamentos a **Holanda**, que o fez por meio de um Regulamento de Contratos, que não mais é que uma transcrição traduzida dos dispositivos da Directiva; a **Alemanha**, que incorporou o procedimento por meio do Acto Contra as Restrições da Concorrência (101 §5 GWB) e a **Dinamarca**. Nesta última, a Knowledge Exchange Organization, organização constituída por entidades de pesquisa da Dinamarca, Holanda, Alemanha e **Inglaterra** e sediada no primeiro país tem por objecto o desenvolvimento de infra-estrutura de base de dados digital integrada nos quatro países relativa à pesquisa científica bibliográfica via internet. Tal ambicioso projecto só foi possível implantar por meio de uma parceria, utilizando-se para tanto do diálogo concorrencial como procedimento de licitação. Ainda em jeito de exemplo desta prática, o projecto Europeu, promovido pela Agência Espacial Europeia para a construção de um sistema de navegação global consistindo em uma rede de 30 satélites que orbitarão ao redor do planeta e uma base em terra, prometendo um posicionamento em tempo real com margem de erro de menos de um metro. Será um sistema inteiramente europeu, para fazer face ao norte-americano GPS e ao russo GLONASS. Foram destinados mais de três bilhões de euros (€3.4 bilhões) para o projecto, que se espera pronto até 2013. Diante da inegável complexidade do contrato a ser celebrado, o diálogo concorrencial se mostra a melhor opção. Ainda sobre a temática, Vd. SANTOS, SILVIA SOUSA (2010) – *A evolução da Contratação Pública no quadro do Direito Europeu*, Teses FDUL.

²¹ No que concerne à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

²² Atribuição nominal da autora do presente estudo.

²³ Em especial, podemos referir o disposto nos art.ºs 42º e 49º do CCP, quanto ao conteúdo obrigatório dos cadernos de encargos.

concorrencial é um procedimento (de resto, único) que se desenrola a «três tempos», compreendendo:

▪ **Um primeiro tempo**, aberto, de qualificação²⁵ (apreciação da capacidade técnica e financeira²⁶) dos candidatos que pretendem apresentar «soluções²⁷» ao diálogo;

▪ **Um segundo tempo**, dinâmico, em que o júri desenvolve com os candidatos qualificados, que apresentaram soluções que não foram liminarmente excluídas (cfr. artigo 212º, nº2), um diálogo «com vista a discutir os aspectos previstos ou omitidos nas soluções apresentadas e relativos à execução do contrato a celebrar que permitam a elaboração de um caderno de encargos» (cfr. artigo 213º);

▪ **Um terceiro tempo**, fechado e rígido, em que os candidatos que apresentaram soluções admitidas ao diálogo (e apenas estes), são convidados a apresentar propostas que respondam às exigências do caderno de encargos elaborado pela entidade adjudicante a partir da solução (única) escolhida (cfr. art.º 217º) por ter sido considerada apta a satisfazer as necessidades da entidade adjudicante, sendo que tais propostas, uma vez apresentadas, não mais podem ser alteradas, em obediência ao *princípio da estabilidade*²⁸ dos elementos essenciais do procedimento, que, nesta fase, opera em toda a linha.

C. DESÍGNIOS APREGOADOS COM A CONSAGRAÇÃO DO DIÁLOGO CONCORRENCIAL NA DIRECTIVA 2004/18/CE E NO CCP

O desígnio apregoado na consagração do *diálogo concorrencial* na Directiva 2004/18/CE e, por arrastamento no CCP, foi o da «flexibilização procedimental» em contratos de «elevada

²⁴ MARK KIRKBY- *O Diálogo Concorrencial* - Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: Coimbra Editora p.278

²⁵ KIRKBY, MARK - *Conceito e Critérios de Qualificação do Contrato Administrativo*: um Debate Académico com e em Homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia. II. Coimbra: Coimbra Editora. 759-810, 2010.

²⁶ Ac. STA (1ª Secção) de 02.03.2004,P.58/04 - VIANA, CLÁUDIA, in CJA n.º 61 - *A avaliação da capacidade económica e financeira nos procedimentos de contratação Pública*, p.41 ss, JAN-FEV, 2007.

²⁷ As soluções apresentadas aos candidatos – o *objecto do diálogo* – são uma espécie de pré-projectos contratuais que respondem às necessidades e exigências tornadas públicas pela entidade adjudicante. Com efeito, será com base na solução ou nas soluções que melhor satisfaçam as necessidades da Administração que os candidatos são convidados a apresentar a sua proposta (cfr. art.º 29.º, nº5 da Directiva) ou, de acordo com a formulação mais pragmática do nosso CCP, será com base “na solução susceptível de satisfazer as necessidades e as exigências da entidade adjudicante” [cfr. art.º 214.º, nº5 e 215.º, nº1] que será construído o caderno de encargos (cfr. art.º 213.º). O diálogo tem, desta feita, por objecto aspectos que se pretendem incluir no projecto contratual que será submetido à concorrência. Vd. SOUSA, LUÍS VERDE DE – *A negociação nos procedimentos de adjudicação – Uma análise do Código dos Contratos Públicos*.

²⁸ In CEDOUA-FDUC-IGAT, p.64 “ em consonância com o disposto no art.º 406.º do CC, segundo os contratos devem ser pontualmente cumpridos pelas partes (*principio pacta sunt servanda*)”.

complexidade²⁹». Note-se que a elevada complexidade que, aqui é trazida à colação calcava com a complexidade do próprio projecto que se visa realizar pela via contratual, de tal modo que a entidade adjudicante se vê confrontada com dificuldades intransponíveis na elaboração de um caderno de encargos, *i.e.*, um projecto contratual a submeter à concorrência.

Especificamente, essas dificuldades, ou, dito de outra forma, essa «elevada complexidade», resultam da condição de a entidade adjudicante não ter capacidade para definir as soluções ou os meios técnicos aptos a satisfazer uma necessidade de interesse público previamente identificada, mormente, porque não é objectivamente descortinável quais as soluções disponíveis no mercado e até que ponto e em que condições o mercado é capaz de responder a um apelo concorrencial da entidade adjudicante.

Noutro plano, a «elevada complexidade» pode respeitar à incapacidade de a entidade adjudicante definir unilateralmente a estrutura jurídica ou financeira de determinado projecto infra-estrutural de grande dimensão, ou seja, sem uma análise prévia daquilo que o mercado tem, pode e está determinado a oferecer.

As inquietações acabadas de assinalar são, de resto, assumidas expressamente pelo legislador comunitário no considerando 31 da Directiva 2004/18/CE³⁰. Outros desígnios têm sido apontados à consagração do diálogo concorrencial pela supra Directiva.

Mas chegados aqui, é de realçar as várias opiniões doutrinárias nesta temática, MARK KIRKBY aponta que, «*com menos acerto ou relativamente aos quais surgem fundadas dúvidas sobre se o modo como a regulação do novo procedimento foi desenvolvida pelo legislador permite a plena realização dos mesmo*».

Já a generalidade da Doutrina tende a destacar que um dos desígnios do diálogo concorrencial se prende com a necessidade de «... disponibilizar um procedimento mais flexível para situações em que o procedimento por negociação não está necessariamente disponível»³¹. Nesta esteira, PETER TREPTE³² sublinha que a «*consagração do diálogo*

²⁹ Afere-se pela impossibilidade objectiva de definir a solução técnica mais adequada por via do contrato, os meios técnicos mais aptos a concretizar a solução entretanto já encontrada pela entidade Adjudicante, bem como a estrutura jurídica ou a estrutura financeira respeitantes ao contrato a celebrar. Esta figura tem a sua origem na Directiva dos sectores clássicos, cuja transposição para o ordenamento jurídico interno nacional era obrigatória, atendendo sobretudo ao respectivo art.º 29.º, onde é conferida às Entidades Adjudicantes a faculdade de poder recorrer a este procedimento. Vd. FERREIRA, FRANCISCO DE OLIVEIRA – *Procedimentos pré-contratuais ao abrigo do Código dos Contratos Públicos, Tipos de procedimentos e critérios de escolha*. p.66, Coimbra Editora, 2010.

³⁰ Refere que «as entidades adjudicantes que realizam projectos particularmente complexos podem, sem que tal seja imputável a carências da sua parte, estar na impossibilidade objectiva de especificar os meios aptos a satisfazer as suas necessidades ou de avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas e/ou soluções financeiras/jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se no caso de realização de projectos de infra-estruturas de transportes integrados em larga escala, grandes redes informáticas ou projectos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados, cuja montagem financeira e jurídica não possa ser determinada antecipadamente» - MARK KIRKBY- *O Diálogo Concorrencial* - Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: Coimbra Editora p.280.

³¹ Neste sentido, SUE ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, assinala que a «necessidade de procedimentos mais flexíveis foi apreendida no Reino Unido na década de oitenta, sobretudo relativamente a contratos com financiamento através de *Project finance* (também designado por *PFI Contracts*), mas foi finalmente considerada quando a frequente falta de flexibilidade se tornou um obstáculo à própria política da UE de promoção de parcerias público-privadas (PPPs) para infra-estruturas de transporte.

³² *In Public Procurement in the EU, a practitioner's guide* 2nd ed., 2007, p.405.

concorrencial na Directiva 2004/18/CE radica numa tentativa de providenciar um procedimento flexível capaz de ir ao encontro da complexidade inerente à estruturação contratual de uma PPP, sobretudo, no domínio das grandes infra-estruturas, constituindo as redes transeuropeias de transportes o exemplo paradigmático, tanto que foi a sua extrema complexidade que esteve na base da atenção que inicialmente mereceram por parte da Comissão Europeia».

Parece então, que ambos os autores partem do pressuposto de que o procedimento *por negociação* se arrogava mais concorrentemente utilizado na celebração de contratos que instituíam PPPs. Contudo, não está sempre «disponível» nas situações em que a sua natural flexibilidade importaria suprir através da consagração de um outro procedimento.

D. DIÁLOGO CONCORRENCIAL POR ACAREAÇÃO COM O PROCEDIMENTO POR NEGOCIAÇÃO

No panorama da interacção *dialógica* entre as partes na co-construção do conteúdo do projecto contratual, esta nova “estrutura adjudicatória” anunciava notórias discrepâncias em relação ao tradicional procedimento por negociação com publicação de anúncio. Os dois postulados que estão na base da frequente abordagem do diálogo concorrencial³³ por confronto com o procedimento por negociação³⁴ estão longe de estar provados, ou, pelo menos, exigem um enquadramento adequado.

Desde logo, não se antevê que dificuldades acrescidas ao recurso ao *procedimento por negociação* com publicação prévia de anúncio possam colocar em relação ao recurso ao *diálogo concorrencial*, sobretudo, num contexto em que ambos os procedimentos estejam a ser equacionados para a formação de contratos que visam instituir PPPs.

Com efeito, não apenas os pressupostos do recurso ao diálogo concorrencial enumerados nos art.ºs 29º e 30º da Directiva 2004/18/CE são de preenchimento particularmente exigente, como em sentido distinto, o regime de recurso ao procedimento por negociação com publicação prévia de anúncio para a formação dos contratos, que regra geral, são utilizados para instituir parecerias público-privadas, se afigura particularmente permissivo.

Interessa salientar que o instrumento contratual típico de instituição de uma PPP é o contrato de concessão³⁵ de obras públicas, de serviços, ou mista³⁶. Nestas situações o CCP, a coberto da

³³ A escolha do procedimento do diálogo concorrencial nunca depende do valor do contrato a celebrar mas apenas e sempre de critérios materiais (art.º 18.º, *a contrario sensu*, 29.º, 30.º CCP). Vd. SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª Ed. Lisboa, D. Quixote, 2009, p. 94.

³⁴ Por um lado, que o diálogo concorrencial tem por objectivo municiar as entidades adjudicantes com um procedimento flexível em situações em que o procedimento por negociação é dotado está vedado. Por outro lado, o diálogo concorrencial é dotado de um maior grau de flexibilidade do que o procedimento por negociação. MARK KIRKBY- *O Diálogo Concorrencial* - Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: Coimbra Editora p.282.

³⁵ Para um estudo mais aprofundado da temática, Vd. GONÇALVES, PEDRO - A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória), Almedina, 1999.

margem que lhe é cometida pelo legislador comunitário, estatui expressamente no disposto do art.º 30º³⁷ e assim tal como sucede na prática, as PPPs são instituídas através de contratos de concessão³⁸, as entidades adjudicantes³⁹ têm sinal verde para apelar ao procedimento por negociação⁴⁰.

É certo que, fora destas situações em que o procedimento por negociação pode ser utilizado à luz do critério que assenta no «tipo de contrato», os pressupostos que permitem a sua escolha são restritivos e concebidos, de determinada perspectiva, para situações «excepcionais» em que a natureza das prestações a contratar não permite o recurso aos contratos (públicos e limitados), ou para situações cuja tentativa de promover a celebração do contrato através de um concurso se veio a revelar infrutífera.

Insinuam-se nesses casos (excepcionais) situações em que «se trate de produtos, obras ou serviços que, pela sua natureza ou condicionalismos, não permitam a fixação prévia e global dos preços»⁴¹, ou «no caso de serviços (...) e prestações de carácter intelectual, tal como, a concepção de obras, na medida em que a prestação a fornecer seja de molde a impossibilitar a elaboração de especificações com a precisão suficiente para permitir a adjudicação»⁴² através da selecção da melhor proposta de acordo com as regras que regem os concursos públicos ou limitados⁴³.

Trata-se, efectivamente, de situações de alguma complexidade na definição da prestação contratual, que podem submeter à dispensa da tramitação de procedimentos concursais rígidos, em cortesia de um procedimento que contém espaços de flexibilização, sobretudo ao nível da definição do clausulado contratual.

Num *primeiro conjunto* de casos, temos situações cuja prestação desejada é perfeitamente definida quanto ao tipo ou natureza, mas, porventura, não o será quanto à quantidade ou quanto aos

³⁶ Em conformidade com o disposto nos art.ºs 2º, nº1 e 4º a)b) do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, cuja redacção lhe foi conferida pelo Decreto-Lei 141/2006 de 27 de Julho.

³⁷ Sob a epígrafe «escolha do procedimento em função do tipo do contrato» que “*para a formação de contratos de concessão de obras públicas e de concessão de serviços públicos (...), qualquer que seja o valor do contrato a celebrar, deve ser adoptado, em alternativa, o concurso público, o concurso público por prévia qualificação ou o procedimento por negociação*”. Vd. *Código dos Contratos Públicos* (2009), 4ª Edição, Almedina

³⁸ MAÇAS, FERNANDA – *A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos* -Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora, 2008.

³⁹ Sobre o conceito de entidades adjudicantes Vd. VIANA, CLÁUDIA - *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra, Ed., Coimbra, p.409, em que «segundo o art.º 1º das directivas clássicas, são consideradas entidades adjudicantes o estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais desses organismos de direito público».

⁴⁰ De realçar que, as entidades adjudicantes (atento à Directiva 2004/18/CE) podem recorrer a um procedimento ainda mais simples com elevados níveis de «flexibilidade» que se pretender assegurar for ao nível da negociabilidade das propostas – Vd. MARK KIRKBY- *O Diálogo Concorrencial* - Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: Coimbra Editora p.283, nota 10.

⁴¹ Também conhecido por “overall price” em conformidade com o disposto no art.º 30.º, nº1 alínea b) da Directiva 2004/18/CE.

⁴² Sobre adjudicação e os seus critérios Vd.VIANA, CLÁUDIA - *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra, Ed., Coimbra.p.546, 2007 e OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (1998) - *Concursos Públicos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Coimbra: Almedina.1998.

⁴³ Cfr. art.º 30º, alínea c) da Directiva 2004/18/CE.

riscos associados aos mecanismos de remuneração instituídos e, conseqüentemente, quanto ao preço a propor⁴⁴.

Num segundo conjunto de casos, reconduz-se a situações em que se torna difícil esclarecer os factores de apreciação que permitam uma avaliação qualitativa comparativa das propostas, na medida em que, regra geral, o *iter* que preside à escolha a efectuar pela entidade adjudicante assenta mais nas qualidades «intelectuais ou criativas» dos concorrentes do que na qualidade das propostas, e aquelas não são definíveis objectivamente⁴⁵.

Assim, como os concursos pressupõem a existência de um modelo de avaliação de propostas, nos casos em apreço revelam-se procedimentos inadequados.

Este conjunto de casos, colhe igualmente situações em que a qualidade das propostas procede de aspectos relacionados com a qualidade de processos criativos, o que se revela dificilmente objectivável, ou em que a definição precisa de conteúdo das prestações exige uma negociação com os potenciais co-contratantes, na medida em que a afinação do projecto contratual já depende do *know-how* específico dos concorrentes. Podemos estar ainda perante situações cujo objecto contratual combina num resultado que só será verdadeiramente conhecido no termo da prestação do serviço que se visa adquirir⁴⁶.

Face ao supra teor, sempre se poderia obstar que, no limite, seria possível definir um modelo de avaliação de candidaturas ou de propostas que permitisse a adjudicação de um contrato na sequência de um concurso. Mas são patentes as dificuldades de tais modelos conduzirem, no cenário em apreço, à «proposta economicamente mais vantajosa»⁴⁷.

⁴⁴ A título de exemplo apontado por SUE ARROWMITH, p.566-567 no caso da empreitada para construção de um túnel em condições geológicas desconhecidas; ou, numa PPP para a construção e manutenção de uma prisão, a remuneração assentar na taxa de ocupação do espaço em cela, mas o número de presos, com impacto na remuneração variável, ser por natureza incerto porque dependente de factores que não estão no domínio das partes. Tais situações, não colocando qualquer dificuldade na definição da natureza das prestações do co-contratante privado da intangibilidade das propostas e a uma abertura à negociação das mesmas, em particular, no que concerne aos mecanismos de fixação contratual.

⁴⁵ Neste tipo de prestações (de natureza intelectual) a personalidade (identidade) do prestador reveste-se de uma importância particular. Nesta senda, ANN LAWRENCE DURVLAUX – *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, éditions Larcier, 2006, p.505.

⁴⁶ A título exemplificativo, os serviços de assessoria jurídica, em que se torna difícil definir critérios que permitam avaliar qualitativamente propostas, na medida em que o que se pede é que o prestador do serviço o «faça bem», mas em que o critério do preço mais baixo também não pode ser tido por adequado. Vd. MARK KIRKBY- *O Diálogo Concorrencial* - Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: Coimbra Editora p.285 ¶ 2.

⁴⁷ Aliás, há quem avance e entre nós apontado por MARK KIRKBY, in Estudos de Contratação Pública. I. que “o requisito de que as especificações não possam ser definidas com a precisão suficiente para permitir a adjudicação através da selecção da melhor proposta de acordo com as regras que regem os contratos públicos ou limitados parece significar que não podem ser definidas com suficiente precisão por forma a permitir uma adjudicação adequada e eficaz” (effective procurement).

E. A NATUREZA MULTIFACETADA DO DIÁLOGO CONCORRENCIAL VS NEGOCIAÇÃO

Os incómodos que estão na base da consagração dos dois procedimentos são de natureza diversa, o que torna um pouco descabida a afirmação de que o diálogo⁴⁸ concorrencial constitui uma espécie de procedimento de recurso ou sucedâneo do procedimento por negociação. Esta, não terá a mesma natureza ou significado da complexidade que é definida como pressuposto de recurso ao diálogo concorrencial.

É de referir que, ambos os procedimentos, dão resposta a dificuldades na definição de um projecto contratual fechado que permita a adjudicação de propostas intangíveis no quadro das regras aplicáveis aos concursos e, em particular, ao *princípio da estabilidade* dos elementos essenciais do procedimento e das propostas, ou, pelo menos, à definição de um projecto contratual que convoque a apresentação⁴⁹ de propostas susceptíveis de ser avaliadas comparativamente com observância das regras que presidem à definição de modelos de avaliação segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa.

Assim, no procedimento por negociação a entidade adjudicante consegue definir os contornos essenciais da prestação característica que visa adquirir. Num termo corrente, e atento à esteira de MARK KIRKBY, neste caso a Administração⁵⁰ «sabe o que quer», isto é, tem uma necessidade a prover e sabe como a deve prover.

Pode-se contudo, apontar dificuldades na definição de critérios que lhe permitam distinguir qualitativamente propostas no contexto de uma avaliação comparativa, ou, no limite, em fechar completamente o contrato sem uma negociação definitiva com os concorrentes, que lhe possibilite chegar a uma solução integrada num cenário em que os aspectos à concorrência são inúmeros e, por vezes, definidos de forma muito aberta, como acontece frequentemente nos projectos a realizar através de PPPs com *Project finance*.

No que concerne ao *diálogo concorrencial*, as dificuldades que justificam a sua utilização revelam-se muito a montante da complexidade que é desígnio do procedimento por negociação. Aliás, a entidade adjudicante nem sequer está em condições de definir a solução que lhe permitiria construir um caderno de encargos a submeter à concorrência, a bem dizer, não consegue sequer

⁴⁸ SOUSA, LUÍS VERDE DE – *ob. cit.* refere que “o diálogo é apenas um dos momentos da negociação”. Se esta não prescinde dele, a sua existência não revela, por si só, uma negociação. O diálogo desenvolve-se entre a entidade adjudicante e os candidatos seleccionados, pelo que, aos seus interlocutores, não há dúvida de que o mesmo se realiza entre os sujeitos do procedimento”.

⁴⁹ Vd. SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª Ed. Lisboa, D. Quixote, 2009, p. 89, classificam em *procedimentos abertos* (podem apresentar propostas quaisquer interessados que reúnam as condições normativamente exigidas; apenas o concurso público se reconduz a esta categoria. Nos *procedimentos semi-abertos* podem candidatar-se a apresentar propostas quaisquer interessados que reúnam as condições exigidas, mas só podem efectivamente apresentar propostas aqueles candidatos que sejam escolhidos pela administração numa fase preliminar de qualificação, o diálogo concorrencial.

⁵⁰ Sobre o conceito de Administração Pública, Vd. CORREIA, FERNANDO ALVES – *Alguns conceitos de Direito Administrativo*, p.11 Almedina.

definir, com o mínimo de rigor, a prestação característica do objecto contratual a submeter à concorrência.

Já o *procedimento por negociação* arranca de uma «solução» pré-definida e de um caderno de encargos previamente elaborado. A flexibilidade que é inerente à negociação tem quanto muito, em vista a obtenção de um valor acrescentado para o objecto do contrato resultante da sua prévia sujeição à concorrência no seio do procedimento.

Noutra perspectiva, a complexidade subjacente à permissão de recurso ao procedimento por negociação projecta-se frequentemente em dificuldades de elaboração do programa do concurso. No que respeita à complexidade subjacente à permissão ao recurso ao diálogo concorrencial prolonga-se, em primeira linha, em dificuldades inultrapassáveis na elaboração do próprio caderno de encargos.

O *procedimento por negociação* é orientado para a negociação de um contrato complexo, cujo projecto está previamente definido; o *diálogo concorrencial* é orientado para a definição de um projecto de contrato, a partir da identificação dialogada da solução técnica, jurídica ou financeira apta a satisfazer as necessidades da entidade adjudicante e a permitir a elaboração do próprio projecto contratual⁵¹.

Igualmente, o *diálogo concorrencial* não é um sucedâneo do procedimento por negociação, sendo diversos os pressupostos que justificam a sua escolha. Basta antever que, falhando a tentativa tópica de escolha do procedimento, sendo diversos, os pressupostos que justificam a sua escolha. Mais ainda, falhando a tentativa tópica de escolha do *procedimento por negociação*, nem por isso se torna possível recorrer ao diálogo concorrencial, na medida em que os pressupostos de escolha dos dois procedimentos são diferentes e não subsidiários, alternativos, ou consequentes.

No que toca ao défice da relevância de um tratamento comparado que coloque o enfoque na capacidade de um suprir as insuficiências do outro, estão, espelhadas, ainda que de forma pouco enquadrada, nalgumas críticas⁵² que têm sido dirigidas à forma como o legislador

⁵¹ Trilhando este caminho - PHILIPPE/FLAMME/MAURICE-ANDRÉ FLAMME (CLAUDE DARDENNE (cfr. Les marches publics européens et belges, Éditions Larciers, Bruxelas, 2005, p.196 esclarecem «que o *procedimento por negociação* permite um verdadeiro confronto entre propostas apresentadas por concorrentes e o projecto contratual submetido à concorrência pela entidade adjudicante em que cada parta negoceia num quadro de concessões recíprocas (...). Noutro sentido, o *diálogo concorrencial* pressupõe que não é possível a apresentação de propostas a um projecto contratual definido, na medida em que a entidade adjudicante não consegue especificar as prestações a que aquelas deveriam responder».

⁵² SUE ARROWSMITH, in ob.cit.p660-631 assinala a existência de «dúvidas sobre a sua aptidão para os projectos muito complexos financiados no modelo *project finance* (*PFI*) e para outras PPPs para os quais foi sobretudo pensado. Apesar de o procedimento ser em larga medida apto a acomodar projectos com financiamento no modelo de *PFI*, subsistem muitas incertezas sobre se comporta uma margem de flexibilidade suficiente para contemplar a negociação com o(s) concorrente(s) seleccionado(s) após a fase de apresentação das propostas, de modo a tornar o procedimento adequado inclusivamente, para projectos relativamente standardizados». Por seu turno, PETER TREPTE, *In Public Procurement in the EU, a practitioner's guide 2nd ed.*, 2007, p.405. refere «é claro estabelecer a delimitação funcional dos dois procedimentos. O diálogo concorrencial é essencialmente adequado para as situações em que existem défices de informação por parte da entidade adjudicante relativamente Àquilo que o mercado tem para oferecer para satisfazer as suas necessidades de *procurement*. «Nesta perspectiva, é muito possível que alguns projectos de PPPs caiam no âmbito do diálogo concorrencial uma vez que (...) pode não ser claro quais as soluções que o mercado tem para oferecer para satisfazer o interesse público que se visa realizar. Pelo contrário, nem todas as PPPs serão tão complicadas e a análise da sua viabilidade pode prender-se apenas com a negociação das condições da transferência de risco e do financiamento. As

comunitárioprocurou ir ao encontro das preocupações atinentes à instituição de PPPs através da consagração do diálogo concorrencial.

Ao supra referido, ainda a respeito do contexto de formação de contratos que instituem PPPs é bem ilustrativo de que, estamos perante procedimentos autónomos, concebidos para ir ao encontro de problemas diferentes.

Desta feita, em jeito de sinopse do que foi anteriormente dito, o *diálogo concorrencial* é um procedimento muito complexo, cuja utilização só se justifica em situações em que a entidade adjudicante sofre de um défice de informação sobre a capacidade e as condições do mercado para disponibilizar uma solução apta a suprir uma necessidade pública de aprovisionamento. Daí que, é importante institucionalizar um diálogo com os potenciais interessados em contratar⁵³, detentores do *know how* necessário à construção da melhor solução possível, e proceder à elaboração de um caderno de encargos no quadro de uma colaboração procedimental público-privada.

Ao invés, o *procedimento por negociação* será, mais ajustado quando o problema residir, não num défice de informação sobre as soluções disponíveis no mercado para satisfazer a pretensão de aprisionamento pública, mas, sim, na necessidade de aprofundar negocialmente a definição de aspectos contratuais submetidos à concorrência, ou na vontade de obter melhorias das propostas apresentadas através do fomento da competição entre concorrentes.

O procedimento diálogo concorrencial assemelha-se mais de um procedimento por negociação, com a diferença crucial de que a fase de negociação do contrato é antecipada para um momento anterior, mas em que, de igual forma, o que se discute são propostas contratuais apresentadas pelos concorrentes, a que sucede a apresentação de uma BAFO (*best and final offer*), afastando-se daquilo que parece ser a sua natureza intrínseca, isto é, a discussão de soluções (técnicas, jurídicas, financeiras) e não de propostas, com vista a permitir a elaboração de um caderno de encargos, sobre o qual, aí sim, os candidatos são convidados a apresentar uma proposta⁵⁴.

F. DIÁLOGO CONCORRENCIAL - UM PROCEDIMENTO MAIS FLEXÍVEL!?

É com assiduidade que assistimos à publicidade da «flexibilidade» acrescida ao diálogo concorrencial, por confronto com o procedimento por negociação, na realidade não se verifica. Quanto muito, pode dizer-se que ambos os procedimentos possuem espaços de flexibilização

soluções técnicas disponíveis podem ser perfeitamente conhecidas e poderia por isso resultar inadequado lançar mão do diálogo concorrencial porque nada se ganharia em considerar, numa fase prévia, soluções técnicas alternativas».

⁵³ DUARTE, TIAGO - *A Decisão de Contratar no Código dos Contratos Públicos – Da idade do armário à idade dos porquês* – in Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora. 147-180, 2008.

⁵⁴ O enunciado é claramente acolhido no CCP, o que avulta da circunstância de se prever a elaboração de um caderno de encargos a partir da solução seleccionada, o que não é expressamente previsto na Directiva.

procedimental que se manifestam relativamente a elementos diferentes para acudir a dificuldades de diversa natureza.

Desde logo, o *diálogo concorrencial* é um procedimento mais «pesado» do ponto de vista da sua tramitação do que o procedimento por negociação⁵⁵. Já este último, é um procedimento menos complexo, uma vez que se inicia com uma fase de qualificação a que se segue a fase da apresentação e avaliação das propostas, tendo a particularidade de estas serem objecto de uma negociação, que não comporta, porém, em princípio, a mesma carga procedimental inerente à fase do diálogo⁵⁶.

Por outro lado, e precisamente porque o tipo de «complexidade» está subjacente à previsão dos dois procedimentos é diverso, os elementos de flexibilidade procedimental que ambos acolhem são também diferentes. Assim, o *diálogo concorrencial*, embora em determinada fase a entidade adjudicante e os concorrentes contestem a melhor solução para a necessidade pública que se tem em vista satisfazer, a verdade é que, uma vez apresentadas as propostas, estas não mais são alteráveis, não estando prevista qualquer negociação das mesmas⁵⁷.

Desta feita, uma vez elaborado o caderno de encargos, com base na solução escolhida, e apresentadas as propostas ao projecto contratual que o mesmo traz implícito, sobre aquelas versa o *princípio da estabilidade das propostas*, como se de um procedimento de concurso se tratasse, solução contudo muito censurável⁵⁸.

No que respeita ao procedimento por negociação, desenrolando-se com base num caderno de encargos previamente estabilizado, permite a negociação das propostas apresentadas, relativamente aos aspectos submetidos à concorrência por aquela peça concursal.

G. OS PROPÓSITOS E PRECEITOS DA PERMISSÃO DE ESCOLHA DO DIÁLOGO CONCORRENCIAL

Como já foi exposto, o *diálogo concorrencial* é uma figura inovadora que se destina aos contratos que pela sua complexidade, e pelo seu objecto não permite adoptar o concurso público ou

⁵⁵ Em consonância com a visão do diálogo concorrencial «a três tempos» feita anteriormente. Para melhor compreensão Vd. MARK KIRKBY- *O Diálogo Concorrencial* - Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: Coimbra Editora p.288, ponto 2.

⁵⁶ Na esteira de MARK KIRKBY, Ob. Cit. p. 289 “ não se trata de «inventar» uma solução de raiz, mas apenas de afinar aspectos do clausulado contratual resultante da conjugação do caderno de encargos com as propostas apresentadas.

⁵⁷ Apesar da possibilidade, no que pode descambar numa negociação mitigada de as propostas finais serem «... clarificadas, precisadas e ajustadas» a pedido das entidades adjudicantes, atenta ao disposto no art.º 29º, n.º 6º da Directiva 2004/18/CE.

⁵⁸ Na opinião de MARK KIRKBY, Ob. Cit. p. 290, nota 18 referindo que “nada obstará e tudo aconselharia, por exemplo, a que em diálogos concorrenciais lançados para a celebração de concessão, as propostas apresentadas pelos concorrentes pudessem ainda ser negociadas nos mesmos termos em que tal é permitido por negociação. Não se descortina nenhum obstáculo de princípio a que tal sucedesse (...). No entanto, neste ponto o legislador nacional não teria margem para enveredar por uma solução deste género, por força do desenho comunitário do diálogo concorrencial, que não comporta uma fase de negociação das propostas.

o concurso limitado por prévia qualificação. Assim, para recorrermos a este tipo de procedimento é necessário atender desde logo,

I. A ENUNCIACÃO LEGAL (ARTIGO 30.º DO CCP)

- O art.º 30.º do CCP permite a escolha do procedimento de diálogo concorrencial «quando o contrato a celebrar (...) seja particularmente complexo, impossibilitando a adopção do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação.

Do enunciado do preceito resultam, desde logo, dois pressupostos visíveis que importa considerar separadamente.

1) «impossibilidade de adoptar concursos (n.º1)»:

Por força da complexidade do contrato, a entidade adjudicante não está em condições de elaborar um caderno de encargos ou as respectivas especificações técnicas com o conteúdo mínimo exigido nos art.ºs 42.º e ss do CCP, em particular, com o disposto no art.º 49.º

2) «contratos particularmente complexos (n.º2)»

Este conceito é preenchido quando seja «**objectivamente impossível**» definir a solução técnica mais adequada à satisfação das necessidades da entidade adjudicante; definir os meios técnicos aptos a concretizar a solução já definida pela entidade adjudicante; ou definir, em termos suficientemente claros e precisos, a estrutura jurídica ou a estrutura financeira inerentes ao contrato a celebrar.

3) «objectivamente impossível (n.º3)»

Este número clarifica que este pressuposto (complementar) «*não pode resultar da carência efectiva de apoios de ordem técnica jurídica ou financeira de que a entidade adjudicante, usando a diligência devida, possa dispor*».

Assim, impede sobre a entidade adjudicante uma obrigação de diligência na avaliação dos recursos de que dispõe para a potencial definição do objecto contratual, que não pode deixar de ser

parametrizada pelo critério geral da «diligência média», ou seja, a diligência exigida ao «decisor médio» colocado no quadro decisório concreto do decisor real⁵⁹.

Trata-se de um pressuposto que levanta mais dúvidas interpretativas.

Aliás o cerne do problema reside, pois, em determinar como deve ser interpretada a supra expressão, e neste quadro saltam à vista três interrogações de ordem hermenêutica:

- A diligência na obtenção de apoios de ordem técnica, jurídica ou financeira exigida pelo art.º 30.º n.º 3, exclui o recurso ao diálogo concorrencial quando a entidade adjudicante possa recorrer a uma entidade externa para suprir as incapacidades pressupostas no n.º 2 do mesmo artigo⁶⁰?

Este objecto prende-se em saber se a «impossibilidade objectiva» referida supra, impede o recurso ao diálogo concorrencial quando os embaraços de identificação da solução para a necessidade pública a satisfazer podem, ser superados através do recurso a consultoria externa, em particular, através da contratação de estudos a entidades que operem o mercado em causa, ou, em geral, a quaisquer entidades.

A verdade é que todos os elementos interpretativos à disposição apontam em sentido negativo.

Desde logo, subsistem elementos históricos e teleológicos que afastam imediatamente o cenário aventado. Com efeito, no decorrido processo legislativo que conduziu à aprovação da Directiva 2004/18/CE, foram realizadas propostas no sentido de só permitir o recurso ao diálogo *concorrencial* quando se revelasse infrutífera a prévia tramitação de um procedimento concursal com vista à aquisição de estudos que tivessem por objecto a definição dos elementos necessários à elaboração do caderno de encargos do contrato que se pretendesse celebrar ou das especificações técnicas do bem ou serviço pretendido⁶¹.

No entanto, esta solução acabou de ser irradiada da versão final da Directiva 2004/18/CE essencialmente por duas ordens de razões:

⁵⁹ ARROWSMITH, in ob.cit.p. 634 refere que a «expressão significa, em particular, que a questão de aferir se a entidade tem o dever objectivo de ser capaz de definir a solução para a necessidade em causa não depende apenas do seu próprio entendimento do mercado e das capacidades e qualificações do seu próprio pessoal, mas daquilo que razoavelmente lhe deve poder ser exigido nesta matéria. A expressão confirma, ainda, que o *diálogo concorrencial* não pode ser utilizado para a celebração de contratos cujo objecto se refira a aquisições correntes, com vista a suprir deficiências comuns de capacidade para definir as especificações contratuais. Nesta esteira, refere também PETER TREPTE, in ob. cit. P. 446 que “este requisito implica que o procedimento não pode ser usado de forma ligeira apenas porque a entidade adjudicante não possui as competências básicas para definir as especificações técnicas contratuais.

⁶⁰ A título de exemplo, quando pode contratar serviços de consultoria técnica, financeira ou jurídica para identificar a solução, ou a melhor solução, para satisfazer a necessidade de interesse público em causa!?

⁶¹ Cfr. *Nota explicativa da Comissão Europeia sobre o Diálogo Concorrencial, de 5 de Outubro de 2005 (Doc.CC/2005/04 _rev1 of 5.10.2005).*

- Porquanto impunha a tramitação de dois procedimentos em cenários em que, com toda a probabilidade, atendendo à complexidade intrínseca do contrato que em última análise se tinha em vista celebrar, e que era intento da própria possibilidade de recurso ao diálogo concorrencial. O primeiro procedimento conduziria à aquisição de um estudo insuficiente para definir as especificações e elementos necessários à elaboração das peças concursais do segundo procedimento, ou seja, para a definição da «solução» técnica, jurídica ou financeira do projecto que se pretendia submeter à concorrência.
- A via então equacionada padecia do sério risco de aqueles que viessem a elaborar o estudo para a definição da solução subjacente ao projecto contratual a submeter à concorrência ficassem afastados da possibilidade de apresentar proposta ao procedimento realizado para a formação do contrato principal em virtude dos constrangimentos decorrentes do *princípio da imparcialidade*^{62,63}

Na esteira, MARK KIRKBY, salienta o receio de o referido princípio, desenhado no procedimento de contratação, pudesse conduzir ao resultado nefasto referido tem toda a razão de ser no panorama jurídico nacional⁶⁴.

Desta feita, podemos arrematar que o diálogo concorrencial *pode ser escolhido*, ainda que, em abstracto, a incapacidade de a entidade adjudicante definir os elementos referidos no supra disposto, do CCP pudesse ser eliminada pela contratação de entidades terceiras para a elaboração de estudos sobre esses elementos.

⁶² Neste sentido e lembrando que um dos objectivos proclamados pelo legislador comunitário para a introdução do diálogo concorrencial foi precisamente o de eliminar o risco de que consultas pré-procedimentais com potenciais concorrentes prejudicassem a possibilidade de estes vierem a participar no procedimento para a formação de determinado contrato, cfr. PETER TREPTE, ob. cit. P. 446. Mais grave, a consciência desta limitação associada ao princípio da imparcialidade conduziria, muito provavelmente, a que mitos dos operadores que tivessem a legítima expectativa e a capacidade para apresentar proposta no procedimento atinente ao contrato principal decidissem não apresentar proposta no procedimento tramitado para elaboração do estudo, precisamente para não ficarem impedidos de participar noutro procedimento.

⁶³ A necessidade de, por um lado, salvaguardar a *imparcialidade* nos procedimentos de contratação, e, por outro lado, permitir que as entidades adjudicantes possam beneficiar dos conhecimentos e experiências das empresas privadas para efeitos de obtenção de soluções técnicas inovadoras, justificou que esta questão fosse expressamente regulada na «Reforma 2004», prevendo-se quer a possibilidade do «diálogo técnico» entre as entidades adjudicantes e as empresas em momento anterior à abertura do procedimento, quer o estabelecimento de um procedimento, de utilização limitada a contratos particularmente complexos, celebrados nos sectores gerais, designada por «diálogo concorrencial», e, onde se conciliam as exigências exigidas. Vd. VIANA, CLÁUDIA (2007) - *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, p.160, Coimbra, Ed., Coimbra.

⁶⁴ A Jurisprudência Administrativa já sedimentada entende que “ aqueles que assessorassem a entidade adjudicante na elaboração das peças concursais e, em geral, na montagem dos procedimentos adjudicatórios, não podem, depois, apresentar proposta ao procedimento que ajudaram a preparar ou que é estruturado com base em estudos e projectos por si realizados. Cfr. Acórdãos STA, 2ª Secção, de 09 de Abril de 2002, Proc. 048035 e Acórdão STA, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, de 01 de Outubro de 2003, Proc. 048035 (todos sobre a questão de saber se um projectista pode integrar um agrupamento concorrente a uma empreitada de obra públicas que tem na base o projecto por si realizado. É de referir que esta posição doutrinal ganhou força pelo acolhimento do art.º 55.º, alínea j) ao estatuir «as entidades que tenham, a qualquer título, prestado, directa ou indirectamente, assessoria ou apoio técnico, na preparação e elaboração das peças do procedimento».

Aliás, de acordo com a tão já citada opinião⁶⁵, uma solução contrária esgotaria de relevância prática o diálogo concorrencial, porque, à partida, afigura-se quase sempre possível contratar uma entidade especializada em determinado sector para suprir deficiências de *know-how* da Administração⁶⁶.

Ora a grande propriedade do diálogo concorrencial é precisamente a de importar essa análise de mercado para o debate desenvolvido no seio do diálogo a levar a cabo com os candidatos.

- A diligência na obtenção de apoios de ordem técnica, jurídica ou financeira exigida pelo art.º 30.º nº3, exclui o recurso ao diálogo concorrencial quando a entidade adjudicante possa, à partida, obter a solução a entidade possa, à partida, obter a solução desejada através do recurso a um «concurso de concepção»?

A resposta, no entender de MARK KIRKBY, é negativa, valendo aqui todos os argumentos acima expendidos a propósito da questão anterior, aos quais acrescem os que se passa a enumerar.

Repare-se que o *concurso de concepção* consiste num procedimento que «... permite à entidade adjudicante adquirir (...) um plano ou um projecto seleccionado por um júri de concurso ...»⁶⁷, « ... principalmente nos domínios do ordenamento do território , do planeamento urbano, da arquitectura e da engenharia civil, ou do preenchimento de dados».

Como é conhecido, trata-se de um procedimento correntemente associado à expressão «concurso de ideias», com isto procurando-se significar que o que está em causa, em primeira linha, é um apelo a um determinado universo concorrencial com vista à apresentação de soluções aptas a satisfazer determinada necessidade pública.

O autor não usou a expressão «solução» inadvertidamente. Com efeito, o sentido das palavras «plano ou projecto» no contexto das *factispecies* procedimentais em causa não pode, como é bom de ver, ser confundido com o sentido com que, por exemplo a palavra «projecto»⁶⁸ é utilizada na alínea

b) do nº1 do art.º 43 do CCP, para designar uma peça procedimental que integra o Caderno de Encargos. Com efeito, a economia geral do Código demonstra à sociedade que não há qualquer confusão possível⁶⁹.

⁶⁵ MARK KIRKBY- *O Diálogo Concorrencial*, Ob. Cit. p. 299

⁶⁶ Ob.cit. p.299 “ a título de exemplo, refira-se o recente e mediático caso relativo à decisão da melhor localização do novo aeroporto de Lisboa, decisão dependente da análise de inúmeras variáveis económicas, sociais e ambientais, e que poderia ser apresentada como um exemplo de escola de uma situação susceptível de ser enquadrada e resolvida no quadro de um diálogo concorrencial destinada aquisição dos serviços de projecto do aeroporto (...).

⁶⁷ Cfr. art.º 1º, nº11 alínea e) da Directiva 2204/18/CE.

⁶⁸ O diálogo concorrencial apenas permite, até à conclusão da fase do diálogo, a selecção de «soluções», o que, à luz de uma interpretação sistemática que no parece avisada e sustentada, deve obrigar (impor o limite), ao nível do detalhe do projecto que à mesma pode estar subjacente, a que a entidade encerre o diálogo sempre que se atinja o patamar do «estudo prévio ou similar» - MARK KIRKBY, Ob. Cit. p. 301,pp. 27

⁶⁹ Duas notas finais apenas para demonstrar o óbvio. O artigo 219.º, nº1 do CCP deixa claro que o trabalho de concepção a seleccionar no âmbito destes procedimentos não pode ter um nível de detalhe que vá para além de um

Assim, sugere-se, pois evidente, que quer o diálogo concorrencial, quer o concurso de concepção pode, por vezes, ser atirados com o mesmo propósito e com inteira fungibilidade, isto é, com vista a seleccionar uma «solução» que permita à entidade adjudicante fechar um projecto contratual que, sem o auxílio dos operadores do mercado, não tem condições para definir qual o mais apto a satisfazer a necessidade pública previamente identificada.

Com efeito, nestes casos, haverá que identificar a «solução» adequada à satisfação de uma determinada necessidade pública, necessidade que poderá dizer respeito à celebração de um contrato de prestação de serviços de projecto de arquitectura, engenharia, ou, num exemplo de sobreposição mais flagrante, de programação e processamento de dados.

- O diálogo concorrencial só pode ser escolhido em cenários de absoluta impossibilidade de identificação de soluções idóneas a satisfazer necessidade pública, ou também quando, havendo possibilidade de identificar *uma solução* apta, não há condições para identificar à partida, a *melhor solução* eventualmente disponível?

Resta agora a supra tese hermenêutica, que é saber se o diálogo concorrencial só pode ser escolhido em cenários de absoluta impossibilidade de identificação de soluções idóneas a satisfazer a necessidade pública, ou também quando, havendo possibilidade de identificar *uma solução* apta, não há condições para identificar, à partida, a *melhor solução* eventualmente disponível.

Ora, os elementos interpretativos à disposição não deixam margem polémicas quanto a este aspecto, sendo pacífico que o diálogo concorrencial pode ser realizado em situações em que a entidade adjudicante esteja em condições de definir uma solução apta a satisfazer as suas necessidades, mas não esteja em condições de determinar qual a solução mais pata ou que envolve menores custos⁷⁰.

A própria Comissão, na Nota Explicativa sobre o Diálogo Concorrencial, de 5 de Outubro de 2005, encara com perfeita naturalidade o recurso a este procedimento em cenários em que é possível identificar uma solução apta a satisfazer a necessidade pública em causa, mas não necessariamente a melhor solução.

Igualmente, a Comissão aponta duas hipóteses típicas de «complexidade técnica» do contrato a celebrar que podem sustentar o recurso ao procedimento:

i. Desde logo, uma incapacidade (absoluta) de definir a solução técnica ou meios (especificações técnicas) para a concretizar a necessidade pública, não deixando de

«estudo prévio ou similar», não permitindo, por exemplo, que o concurso por concepção sirva para adquirir um «projecto de execução». Como segunda nota, o concurso de concepção, não sendo apto à aquisição de serviços de planeamento ou projecto, pode permitir, caso tal esteja expressamente previsto nos termos de referência do procedimento – art.º 226.º do CCP.

⁷⁰ A este propósito, ter em conta o Considerando 32 da Directiva 2004/18/CE.

referir que se tratam de hipóteses raras já que a directiva 2004/18/CE ⁷¹ admite que aqueles sejam definidos apenas «em termos de desempenho ou exigências funcionais».

ii. Por fim, uma incapacidade (relativa) de determinar qual, de entre diversas soluções possíveis, é a mais adequada a satisfazer a necessidade pública, afirmando expressamente que estas constituirão as situações que mais frequentemente conduzirão a qualificar um contrato como «particularmente complexo».

A Comissão avança ainda com alguns exemplos deste tipo de cenários, quer ao nível da potencial complexidade técnica do contrato, quer ao nível da potencial complexidade jurídico-financeira, de que destacamos dois:

i. Num projecto para ligar as duas margens de um rio, a entidade adjudicante pode não saber se a melhor solução consiste na construção de uma ponte ou de um túnel. Neste caso, o contrato é, segundo a Comissão, «particularmente complexo».

ii. Estando em causa um projecto de construção de uma escola ou de outra infra-estrutura em PPP, pode afigurar-se conveniente permitir que os concorrentes sugiram mecanismos diferentes de remuneração (permutas ou cedências de terrenos, concessão de utilização de bens públicos para fins privados, acompanhada ou não do pagamento de um preço), com vista a encontrar a solução de financiamento menos onerosa para a Administração.

Existem de facto, razões para eleger os procedimentos concursais, já que estes vão ao encontro das inquietações de transparência e seriedade tão necessários à prossecução dos interesses públicos e dos interesses particulares dos operadores económicos. Finalmente, o contrato implica dispêndio de quantias avultadas, designadamente de dinheiros públicos, implicando realizar gastos que devem ser controlados e bem decididos. Mais acrescenta ⁷², que o contrato pode transferir poderes de direito público para mãos privadas e estes têm de demonstrar aptidão, competência técnica e capacidade económica e idoneidade moral. Enfim, estando em causa muitos milhares de Euros e havendo muitos interessados, tem de existir um processo de escolha do contratante privado que dê igualdade ⁷³ de oportunidade na apresentação de várias propostas.

⁷¹ Nos seus artigos 23.º, n.º 3 alínea b) e 49.º n.º 2 alínea c) do CCP.

⁷² FONSECA, M. ISABEL CELESTE (2009) – *Direito da Contratação Pública – Uma Introdução em dez aulas*, 1ª Ed. Almedina, p. 127.

⁷³ In CEDOUA-FDUC-IGAT, ob.cit. sobre o princípio da igualdade, p.56. “ surge no plano contratual, essencialmente, como princípio da igualdade no acesso aos procedimentos, tendo influência na própria escolha destes, definindo-se que os critérios decisivos para a tomada da decisão de contratação devem fundar-se em motivos objectivos e não em motivações ou características puramente subjectivas dos potenciais concorrentes ou adjudicatórias”.

Em suma, as normas comunitárias e o CCP exigem que nestes contratos sujeitos à lógica do mercado haja um procedimento que salvguarde os interesses públicos e particulares envolvidos, um procedimento que concretize a transparência e a seriedade do processo de selecção, que proporcione igualdade de oportunidades, pois só assim se garante que aquele que ganha tem capacidade, competência e idoneidade.

Em resumo, deve reconhecer-se que se verifica a complexidade que impossibilita o recurso a procedimentos concursais e que justifica o recurso ao ajuste directo⁷⁴, sempre que:

i. Se verifica uma impossibilidade (absoluta) de a entidade adjudicante definir a solução técnica, jurídica ou financeira para satisfazer a sua necessidade (porque, por exemplo, a solução técnica não foi inventada).

ii. Se verifica uma impossibilidade (relativa) de a entidade adjudicante definir por antecipação a solução técnica mais adequada para satisfazer a sua necessidade ou a estrutura jurídico-financeira de determinado projecto, nomeadamente, por falta de inputs dos próprios operadores económicos que operam no mercado em causa.

H. SUMÁRIA REFERÊNCIA À FIGURADA DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE O REGIME NACIONAL DE CONSTITUIÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E O DIÁLOGO CONCORRENCIAL

O diálogo concorrencial tem as suas origens históricas precisamente na necessidade de arquitectar um procedimento adjudicatório adaptado às vicissitudes próprias na instituição de PPPs. Nestes contratos, muito complexos do ponto de vista da respectiva estrutura jurídica e financeira, a Administração confronta-se repetidamente com sérias dificuldades na fase de estudo, preparação e montagem da própria Parceria, nomeadamente, ao nível da avaliação do grau de transferência de risco do projecto que, os privados estão dispostos a assumir e em que condições, bem como da definição das melhores opções ao nível do próprio modelo jurídico-financeiro da PPP.

Os legisladores nacionais, quer por parte das próprias instâncias comunitárias, no sentido de instituir um procedimento flexível na fase do «desenho» do projecto contratual, que permitisse

⁷⁴ Sobre o novo Regime Excepcional de Contratação Pública: O apelo ao Recurso ao Procedimento de Ajuste Directo, Vd. AMARAL, JOÃO AMARAL DE – As medidas excepcionais de contratação pública para os anos de 2009 e 2010 – Breve comentário ao Decreto-Lei n.º 34/2009 de 06 de Fevereiro, Coimbra Editora, 2009.

acolher um diálogo contratual, que permitisse acolher um diálogo frutífero entre as entidades adjudicantes⁷⁵ e os diversos *players* no mercado em causa.

Advém que a legislação nacional em matéria de PPPs está patentemente desajustada ao recente procedimento, o que nos remete para a disfunção jurídica de a formação dos contratos que instituem PPPs não poder, aparentemente, ser precedida do procedimento do diálogo concorrencial, ainda que estejam verificados todos os pressupostos e requisitos de que o art.º 30.º do CCP faz depender essa remissão.

A vantagem do diálogo concorrencial na constituição de uma PPP, projecta-se directamente na fase da respectiva preparação, isto é, na fase de estudo e estruturação da Parceria que integra aquele que designamos por (sub) procedimento prévio de decisão de lançamento da Parceria. É nesta fase, em que se procura definir a solução (maxime jurídico-financeira) do projecto contratual a submeter à concorrência⁷⁶, que se justificaria a previsão de uma fase de diálogo com os potenciais concorrentes, quer para evitar o risco de abertura de procedimentos pouco atractivos para o mercado e potencialmente desertos, quer para permitir à Administração um conhecimento integrado das opções que o mercado disponibiliza para acudir à sua necessidade.

Contudo, o regime das PPPs assenta no pressuposto linear de que o procedimento de formação do contrato só é lançado num momento em que o projecto contratual a submeter à concorrência se encontra integralmente fechado por parte da entidade adjudicante, tanto mais que a decisão de abertura do procedimento que está implícita na decisão de lançamento da parceria pressupõe a existência de um caderno de encargos.

Ora, num diálogo concorrencial, e ao contrário do que sucede com os restantes procedimentos adjudicatórios típicos, o caderno de encargos não é um «ponto de partida», mas sim um ponto de chegada, que resulta da fase do diálogo e que é construído com base na «solução escolhida». Uma abordagem interpretativa destes preceitos e que segundo MARK KIRKBY, peca por ser excessivamente restritiva e literal, pode levar a considerar que enquanto a legislação das PPPs não for adaptada ao novo Código, o diálogo concorrencial não pode ser tramitado para a formação dos contratos para os quais foi inicialmente pensado.

Neste sentido, o mesmo autor, julga haver base para sustentar que o diálogo concorrencial pode ser utilizado no quadro do actual regime estabelecido no Decreto-Lei nº 86/2003, na versão em vigor, desde, claro está, que se verifiquem no caso concreto os pressupostos e requisitos da permissão de recurso a este procedimento estabelecido no art.º 30.º do CCP⁷⁷.

⁷⁵ Vd. CAUPERS, JOÃO – *Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*, CJA n.º 64, p.9 ss, JUL-AGO, 2007.

⁷⁶ Quanto ao âmbito do novo regime da contratação pública à luz do *princípio da concorrência*, Vd. MEDEIROS, RUI – CJA n.º 61, MAIO – JUN, 2008, p. 3 ss.

⁷⁷ **Em primeiro lugar**, refira-se que o diploma citado não é insensível à necessidade de consultar as condições concretas de mercado no estudo e preparação da Parceria (...). **Por outro lado**, toda a fase de estudo e preparação da Parceria dedica especial atenção aos aspectos relacionados com a transferência e a partilha de riscos com o parceiro privado, com vista a determinar o grau de transferência de risco financeiramente compatível no quadro da análise da viabilidade e da sustentabilidade da PPP (...). **Por fim**, dos elementos sistemáticos que afloram desta legislação especial, é apreensível que o legislador valorizou a interacção com o mercado na fase de estruturação da Parceria, ao ponto de ser

O legislador das PPPs não aspirou intrometer-se na matéria atinente aos procedimentos adjudicatórios de formação do contrato⁷⁸ que institui a Pareceria, antes cuidou tão-somente de regular os aspectos que estão a montante (a análise da viabilidade e sustentabilidade económico-financeiras) e a jusante (o acompanhamento da execução contratual) desse procedimento.

Ora essencial, parece ser, o facto de assegurar que o procedimento prévio de decisão de lançamento da Parceria possa incorporar a «fase da apresentação das soluções e de diálogo com os candidatos qualificados», de forma a aportar à preparação da PPP as virtualidades do contributo dos operadores económicos em cenários em que a entidade adjudicante se confronta com dificuldades inultrapassáveis na identificação da melhor solução (em princípio) jurídico-financeira para estruturação do projecto⁷⁹. Daí que a tarefa da Comissão passará pelo desenvolvimento a par com os progressos das «soluções» em sede da fase de diálogo e em estreita articulação com o júri do procedimento adjudicatório.

I. VISÃO ESSENCIAL DAS PEÇAS PROCESSUAIS DO DIÁLOGO CONCORRENCIAL

A apresentação de soluções e do diálogo está, em larga medida, ponderada por remissão para as regras do procedimento do concurso limitado por prévia qualificação (art.º 204.º, n.º1⁸⁰). As peças procedimentais do diálogo concorrencial são, designadamente:

1. **O programa do procedimento (art.º 206.º);**
2. **A memória descritiva⁸¹ (art.º 207.º);**
3. **O convite à apresentação das soluções (art.º 209.º);**
4. **O caderno de encargos⁸² (art.ºs 207.º e 217.º, n.º3);**
5. **O convite à apresentação das propostas (art.º 217.º).**

seguro afirmar que se tivesse legislado num contexto histórico de vigência do CCP teria certamente articulado a regulação do procedimento prévio de decisão de lançamento da Parceria com o regime do diálogo concorrencial - MARK KIRKBY, Ob. Cit. p. 311 e Vd. CAMPOS, DIOGO DUARTE DE - *A Escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público - Privadas*, Coimbra Ed., Coimbra, 2010

⁷⁸ ANDRADE, VIEIRA DE - *A Propósito do Regime do Contrato Administrativo no "Código dos Contratos Públicos"* - Estudos de Contratação Pública II - Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora. 7-40., 2010.

⁷⁹ Neste sentido, a eventual decisão de lançar um procedimento de diálogo concorrencial, que compete naturalmente aos ministros das finanças e da tutela sectorial (cfr. art.º 37.º do CCP e art.º 11.º do Dec.Lei nº 86/2003).

⁸⁰ Na omissão dos dispositivos legais sem menção ao corpo legislativo a que pertence, dever-se-á entender como relativo ao CCP.

⁸¹ Identifica as necessidades e as exigências que se pretende satisfazer com o contrato a celebrar (art.º 207.º, n.º1) e que constitui a peça procedimental nuclear no enquadramento da elaboração das soluções a apresentar pelos candidatos e no juízo sobre a sua admissão ao diálogo [art.º 212.º, n.º2, alínea d)].

⁸² Só há a elaboração do caderno de encargos depois de concluída a fase de apresentação das soluções e de diálogo.

Em particular, e no que respeita ao programa do procedimentos, cumpre dizer, aos elementos que integram e se impõem ao programa do procedimento do concurso limitado por prévia qualificação (art.º 206.º n.º1), aditam-se os seguintes:

I. Deve indicar o montante da eventual remuneração ou o critério do respectivo cálculo, a atribuir aos candidatos qualificados para participar no diálogo que apresentem soluções que sejam admitidas (art.º 206.º, n.º1)⁸³.

II. Deve indicar o número de candidatos a qualificar, que não ser inferior a três (art.º 206.º 2)⁸⁴.

III. O critério de adjudicação das propostas só pode ser o da resposta economicamente mais vantajosa (art.º 206.º, n.º3)⁸⁵.

IV. Quando não estiverem ainda reunidas as condições para a definição dos valores dos coeficientes de ponderação dos factores e dos eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação, este devem ser indicados no programa do procedimento apenas por ordem decrescente de importância⁸⁶.

J. VISÃO ESPECÍFICA DAS FASES DO PROCEDIMENTO DO DIÁLOGO CONCORRENCIAL

O diálogo concorrencial integra as seguintes fases:

1. Apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos (art.º 208.ºss);

No que concerne a esta fase, muito pouco há a dizer com relevância específica no contexto do diálogo, na medida em que a tramitação da mesma obedece, quase integralmente, ao estatuído sobre a matéria para o concurso limitado por prévia qualificação (art.º 204.º, n.º1). Vale a pena assinalar, no entanto que na disposição 208.º, n.º2, determina a obrigatoriedade da publicação de

⁸³ Este aspecto aproxima o diálogo concorrencial do concurso de concepção, já que a expressão «remuneração» deve ser entendida no sentido de «prémio de participação», nos precisos termos em que esta última é utilizada na alínea j) do n.º 1 do art.º 226.º do CCP. No fundo pretende-se criar incentivos à participação dos candidatos no diálogo num contexto em que o dever de adjudicação de uma proposta é muito mitigado [art.º 79.º, n.º1, alínea f)]. Assim, sobretudo e contratos de elevado valor, o facto de apenas os candidatos que tenham participado no diálogos terem a possibilidade de apresentar uma proposta e, consequentemente, de vir a ser adjudicatários, é que constituirão o motivo que, do ponto de vista económico, justificará a sua participação no procedimento. MARK KIRKBY, Ob. Cit. p. 314

⁸⁴ Diferentemente do que sucede no concurso limitado por prévia qualificação, em que o número de candidatos a qualificar não pode ser superior a cinco [art.º 164.º, n.º1, alínea m) subalíneas ii)], admite-se que o número de candidatos a qualificar seja restringido a três, o que se explica pela «particular complexidade do contrato» e pelas exigências técnicas inerentes ao diálogo a realizar. Neste quadro afigura-se razoável não sujeitar a entidade adjudicante a ver-se confrontada com o dever de desenvolver, em simultâneo, um diálogo sobre cinco soluções potencialmente admitidas.

⁸⁵ Esta exigência, que afasta a possibilidade de o critério de adjudicação adoptado ser o do «mais baixo preço», foi imposta ao legislador nacional pelo n.º1 do artigo 29.º da directiva 2004/18/CE o que levanta as maiores dúvidas da sua bondade, cfr. entendimento de MARK KIRKBY, Ob. Cit. p. 314.

⁸⁶ Impõe-se um modelo a disponibilização de um modelo de avaliação completo e fechado logo no programa do concurso limitado por prévia qualificação. No diálogo concorrencial, uma vez que o projecto contratual materializado no caderno de encargos apenas estará integralmente definido na sequência do diálogo, na maioria das situações a construção do modelo de avaliação das propostas apenas se revelará possível nesse momento.

anúncio no JOUE no caso dos contratos de empreitada⁸⁷ ou de concessão⁸⁸ de obras públicas, de contratos de locação (...).

Compreende-se que a *ratio* desta imposição comunitária, na medida em que num procedimento com as características do diálogo concorrencial o «valor do contrato» pode apenas tornar-se conhecido num momento subsequente ao da abertura do procedimento.

2. Fase da apresentação das soluções e diálogo com os candidatos qualificados (art.ºs 209.ºss);

Esta fase apenas existe no procedimento de diálogo concorrencial [art.º 205.º, b)]. Com a notificação da decisão de qualificação, o órgão competente para a decisão de contratar envia simultaneamente aos candidatos qualificados um convite à apresentação de soluções susceptíveis de satisfazer as necessidades e as exigências identificadas na memória descritiva (art.º 209.º, n.º1). Cada candidato só pode apresentar uma solução (art.º 210.º, n.º2). As soluções devem ser apresentadas nos termos fixados para a apresentação das propostas (art.º 210.º, n.º1).

3. Fase prévia de «saneamento» (art.º 212.º);

Ainda em momento anterior ao do diálogo propriamente dito, está prevista esta fase, em que o júri elabora um relatório preliminar onde deve propor, fundamentadamente, a admissão e a exclusão das soluções apresentadas. Tal relatório é submetido a audiência prévia dos candidatos qualificados, após a qual é elaborado um relatório final a submeter a decisão do órgão competente para a decisão para contratar.

Assinale-se que, de entre os motivos que podem determinar a exclusão «liminar» das soluções apresentadas pelos candidatos qualificados se encontra o de «se revelarem manifestamente desadequadas à satisfação das necessidades ou das exigências identificadas na memória descritiva».

Mais uma vez, fica evidente que até à fase de apresentação de propostas, o tirocínio do legislador é o de servir o interesse da entidade adjudicante em identificar uma solução idónea a satisfazer a necessidade pública em causa, conferindo-se-lhe uma ampla margem de livre apreciação quanto a essa matéria, com uma correlativa mitigação dos «interesses» e mesmo das garantias dos candidatos. É de frisar que o legislador nem sequer se obriga a que o programa do procedimento densifique os critérios que há-de presidir ao juízo liminar de exclusão.

⁸⁷ ALEXANDRINO, JOSÉ ALBERTO - *O procedimento Pré-Contratual nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*, Lisboa, AAFDL, 1997.

⁸⁸ AMARAL, DIOGO FREITAS DO - *Estudos sobre concessões e outros actos da administração: (Pareceres)*, Coimbra: Almedina e VIEIRA, PEDRO SIZA (2007) - *Regime das Concessões de Obras Públicas e de Serviços Públicos* - Cadernos de Justiça Administrativa, 64

4. Fase de diálogo propriamente dita (art.º 213.º e ss):

Esta fase tem como escopo, discutir os aspectos previstos ou omitidos nas soluções admitidas relativos à execução do contrato a celebrar e que permitam a elaboração do caderno de encargos, observando-se as formalidades estabelecidas no art.º 214⁸⁹.

As apreensões do legislador nacional e comunitário perpassam no sentido de, por um lado, *assegurar a igualdade de tratamento de todos os candidatos*. Por outro lado, *proteger a confidencialidade dos elementos constantes das soluções dos candidatos, sem o que poderia sair gravemente mitigado o seu interesse na participação no diálogo*⁹⁰. Quanto a este aspecto, convém não esquecer que os candidatos são convocados a desenvolver soluções que envolvem inovação e *know-how específico*, avultando consequentemente, interesses de natureza comercial sigilosa que importa salvaguardar.

Quanto às preocupações atinentes à salvaguarda da igualdade, dispõe-se que o júri deve garantir a igualdade de tratamento de todos os candidatos, v.g.:

I. *Não facultando, de forma discriminatória, informações que possam dar vantagem a uns relativamente a outros (art.º 214.º, n.º2);*

II. *Concedendo aos concorrentes idênticas oportunidades de propor, de aceitar e de contrapor modificações das respectivas soluções durante as sessões de diálogo (regra importada do art.º 120.º, n.º4 por remissão do art.º 214.º, n.º4).*

Quanto às preocupações atinentes com a confidencialidade, dispõe-se que:

I. *O júri reúne sempre em separado com cada candidato (art.º 214.º, n.º2);*

II. *As actas lavradas de cada sessão e quaisquer outras informações ou comunicações, escritas ou orais, prestadas pelos candidatos à entidade adjudicante devem manter-se sigilosas durante a fase de negociação (art.º 120.º, n.º5, aplicável ex vi art.º 214.º, n.º4);*

III. *As soluções apresentadas ou outras informações que tenham sido transmitidas com carácter de confidencialidade pelos concorrentes durante as sessões da fase de diálogo, só com consentimento expresso e por escrito dos mesmos é que podem ser divulgadas aos outros concorrentes ou a terceiros (art.º 214.º, n.º3), garantia de confidencialidade que é específica do diálogo concorrencial, já que não se limita a situações de protecção de*

⁸⁹ A formulação da Directiva 2204/18/CE parece mais ampla do que a acolhida no CCP. O primeiro parágrafo do n.º3, art.º 29.º da directiva prevê que durante o diálogo podem ser debatidos com os candidatos seleccionados todos os aspectos do contrato. E a própria Comissão, na Nota Explicativa sobre o Diálogo Concorrencial de 5 de Outubro de 2205 (ponto 2), clarifica que *o diálogo concorrencial pode incidir não apenas sobre aspectos técnicos, mas também sobre os aspectos económicos (preços, custos, remunerações) ou jurídicos (distribuição e limitação de riscos, garantias, etc.).*

⁹⁰ Cfr. SUE ARROWSMITH, ob. cit. P. 664,

direitos de propriedade intelectual ou industrial, e que transpõe o nº3 do art.º 29.º da directiva 2004/18/CE⁹¹.

O diálogo com os concorrentes prossegue até ao júri (art.º 214.º, n.º5):

I. Identificar, se necessário por comparação, a solução (uma única) susceptível de (melhor) satisfazer as necessidades e as exigências da entidade adjudicante;

II. Declarar que nenhuma das soluções apresentadas e discutidas satisfaz as necessidades e as exigências da entidade adjudicante.

Consequentemente, o júri elabora um relatório, a submeter a decisão do órgão competente para a decisão de contratar, no qual propõe, clara e distintamente (art.º 215.º);

I. A solução susceptível de satisfazer as necessidades e as exigências da entidade adjudicante;

II. Ou, em alternativa, que nenhuma das soluções apresentadas satisfaz aquelas necessidades e exigências.

O regime que resulta dos cânones citados e, bem assim, o regime constante da Directiva 2204/18/CE que os mesmos visam transpor, tem suscitado as maiores perplexidades e dúvidas interpretativas por parte da Doutrina.

O primeiro enigma a abordar prende-se com a circunstância de o Código impor claramente a identificação de uma única solução com vista à elaboração de um caderno de encargos, também único, afastando-se daquele que parece ser o regime tipicamente previsto na Directiva 2004/18/CE, nomeadamente, pelo respectivo art.º 29.º, n.º6.

Com efeito, a Directiva abre passagens ao entendimento de que a entidade adjudicante pode (i.e. deve poder) identificar múltiplas soluções como idóneas à satisfação da necessidade pública

⁹¹ Consegue-se aferir daqui, o direito de os candidatos limitarem a possibilidade de divulgação dos elementos das soluções por si apresentadas aos outros candidatos ou a terceiros, sem limite temporal, pode criar sérias dificuldades à entidade adjudicante na fase ulterior de convite à apresentação de propostas, já que estas terão frequentemente, e necessariamente no caso do regime acolhido no CCP, de ser elaboradas com base na solução apresentada por um dos concorrentes. O intuito da norma foi o de « ... evitar o *cherry-picking*», i.e., o uso de ideias e soluções de um dos candidatos por outro», por forma a evitar o debelar do interesse dos operadores económicos em apresentar soluções a diálogo com receio de aproveitamento das mesmas por parte concorrência. Face ao exposto, é absolutamente conveniente que a entidade adjudicante se salvguarde no programa do procedimento enunciando os aspectos relativamente aos quais não é admissível a imposição de um dever de confidencialidade pelos concorrentes, ou estabelecer como condição de participação a aceitação prévia da divulgação de determinadas informações essenciais para a elaboração do caderno de encargos. Esta solução, largamente defendida para a elaboração do caderno de encargos. Esta solução, largamente defendida pela Doutrina (por todos, cfr. SUE ARROWSMITH, ob. cit, p. 664, e TREPTE, ob. cit. P.450), já foi expressamente admitida como conforme à directiva pela Comissão, na nota de rodapé n.º 21 da Nota Explicativa sobre o Diálogo Concorrencial de 5 de Outubro de 2005.

em causa e de que, nesse caso os concorrentes devem ser convidados apresentar propostas para diferentes soluções, ou seja, para as soluções que os mesmos apresentaram ao diálogo.

No entanto, ainda que esta conclusão não seja isenta de dúvidas, entendemos que com base na amplitude (e indefinição) do texto da Directiva, abriram-se dois caminhos quanto a esta matéria:

I. A previsão da elaboração de um caderno de encargos único sobre o qual todos os candidatos são convidados a apresentar uma proposta;

II. A elaboração de tantos cadernos de encargos quantos as soluções escolhidas, convidando os candidatos autores dessas soluções a apresentar propostas sobre o caderno de encargos que lhe correspondesse (solução do «túnel integral»⁹²).

O legislador nacional, optou (e bem segundo MARK KIRKBY) pela solução de identificar uma única solução na base da qual é construído o caderno de encargos do procedimento, seguindo-se um convite a todos os concorrentes cujas soluções tenham sido admitidas ao diálogo para apresentarem propostas a esse caderno de encargos comum e uniforme.

Não obstante se poder assinalar que a solução confere uma vantagem comparativa ao concorrente sobre cuja solução o caderno de encargos tenha sido predominantemente elaborado, a verdade, é que, não apenas este risco nos parece ténue – já que o caderno de encargos é disponibilizado atempadamente a todos os concorrentes em igualdade de circunstância, com todas as especificações contratuais, nomeadamente técnicas, a que as propostas terão de obedecer - como a solução acolhida permite contornar uma das dificuldades fundamentais que à partida se colocavam.

Assim, a elaboração de um único caderno de encargos, em detrimento de diversos cadernos de encargos relativos a diversas soluções, ou de um único caderno de encargos que acomodasse a apresentação a apresentação de propostas diferentes em função das diversas soluções escolhidas, tornaria praticamente impossível a tarefa de elaborar um modelo de avaliação comparativa das propostas, na medida em que haveria a necessidade de comparar propostas nuclearmente diferentes, com atributos de natureza diversa, em função das diferentes soluções sobre as quais as mesmas fossem construídas.

⁹² Cfr. ANN LAWRENCE DURVLAUX, ob. cit., p.513.

Agora, e aproveitando a deixa de MARK KIRKBY, pensemos nas seguintes questões:

Como comparar, por exemplo, propostas para a construção de um túnel e uma ponte? Ou para o fornecimento de um submarino ou de um navio de outra natureza, se forem essas as diferentes soluções identificadas como idóneas na fase do diálogo?

A solução acolhida pelo legislador nacional é incitada por um outro problema que tem sido assinado, com particular incisão, por PETER TREPTE⁹³.

Sucede que este desígnio foi posto em causa pelas regras de confidencialidade acolhidas no 3º parágrafo do n.º3 do art.º 29.º a Directiva 2004/18/CE (transpostas pelo n.º 3 do art.º 214.º CCP), que sejam sujeitam a possibilidade de divulgação de aspectos das soluções ou informações fornecidas pelos candidatos ou a terceiros ao consentimento daqueles⁹⁴.

Outra interrogação que a este propósito se suscita, é a de saber se a solução a identificar pelo júri no decurso do diálogo, susceptível de satisfazer as necessidades e as exigências [art.º 214.º, n.º5, alínea a) e art.º 225.º] pode ser uma solução que resulte da combinação de elementos das diversas soluções discutidas (a grande virtude do diálogo concorrencial segundo TREPTE), ou se, pelo contrário, a entidade adjudicante está obrigada a identificar como idónea a única das soluções apresentadas e a construir o caderno de encargos exclusivamente com base nessa solução⁹⁵.

Por fim, a grande primazia do diálogo concorrencial é precisamente a de permitir definir, através do debate com os candidatos, a solução mais apta a satisfazer as necessidades públicas em apreço, possibilidade potenciada pela permissão de combinação dos elementos das diversas soluções em debate.

Aliás a própria ideia de «diálogo», «debate» e «discussão» aponta para um procedimento em que a solução final vai sendo construída e resulta dos *in-puts* cruzados dos diversos candidatos a apresentar propostas à solução comum que vier a ser identificada. A instituição do n.º4 do art.º 120.º (aplicável por remissão do n.º4 do art.º 214.º), de que «os concorrentes devem ter idênticas

⁹³ TREPTE, enfatiza que um dos maiores benefícios do diálogo concorrencial, por comparação com outros procedimentos adjudicatórios «a dois tempos», é a possibilidade que oferece à entidade adjudicante de, através do diálogo com os diferentes candidatos, desenvolver e identificar uma especificação comum dos elementos a submeter à concorrência.

⁹⁴ TREPTE, refere que as disposições serviram para aplacar as preocupações dos *lobbys* industriais quanto à possibilidade de *cherry-picking* (utilização por parte da entidade adjudicante dos melhores elementos das diversas soluções apresentadas), privaram a entidade adjudicante da possibilidade de comparar propostas de diferentes concorrentes baseadas na mesa e única solução. Tal sucederá sempre que o concorrente cuja solução for exclusiva ou predominantemente identificada como a idónea à satisfação da necessidade pública em causa não autorizar a divulgação dessa solução, o que terá por consequência impedir que a entidade adjudicante elabore sobre a mesma um caderno de encargos para submeter à concorrência pelos demais candidatos. Nestas situações, em que os candidatos não autorizem a divulgação das respectivas soluções, a entidade adjudicante ver-se-á forçada a escolher entre soluções em vez de poder compor a melhor solução com base na discussão de todas elas, que acresce o inconveniente de colocar o candidato cuja solução for escolhida numa situação de monopólio no que concerne à apresentação de uma proposta definitiva.

⁹⁵ A resposta ao problema está longe de ser isenta de dúvidas. Com efeito, a redacção de alguns dos números do art.º 30.º do CCP (e da Directiva) inculcam a ideia de que o procedimento é orientado para a escolha da melhor solução de entre as diversas apresentadas.

oportunidades de propor, aceitar e de contrapor modificações das respectivas propostas [soluções]» reforça este entendimento.

Por remate, vale também o argumento de razoabilidade com que fomos incansavelmente confrontados na sessão que esteve na base da elaboração do presente trabalho, de que é lírico esperar que a entidade adjudicante consiga «fechar os olhos» na elaboração do caderno de encargos a aspectos positivos de determinada solução, mas que não constem da hipotética única solução a levar em conta nessa elaboração. E se de poesia se trata, não poder ser esse o entendimento a imputar ao legislador (art.º 9.º do CC).

5. **Apresentação e análise das propostas e adjudicação (art.ºs 217.º e ss);**

Quanto à fase da apresentação e análise das propostas e adjudicação o procedimento do diálogo concorrencial segue de perto e por remissão, o regime geral aplicável aos outros procedimentos, nomeadamente ao concurso limitado por prévia qualificação (art.ºs 193.º, 217.º e 218.º).

Assim, depois de elaborado o caderno de encargos com base na solução escolhida é enviado um convite à apresentação de propostas a todos os candidatos qualificados cujas soluções tenham sido admitidas (art.º 217.º, n.º1).

O convite à apresentação das propostas deve indicar o modelo de avaliação das mesmas (art.º 217.º, n.º2) e ser acompanhado do caderno de encargos ou da indicação do endereço do sítio do sítio da Internet onde este é disponibilizado (art.º 217.º, n.º3).

Esta decisão do órgão competente para a decisão de contratar é notificada aos candidatos qualificados cujas soluções tenham sido admitidas (art.º 216.º).

Embora a lei não o diga expressamente, no caso de não ser escolhida nenhuma das soluções apresentadas, o procedimento termina nesta fase.

Caso oposto⁹⁶, antes que o procedimento avance para a fase seguinte, é necessário que a administração, com base na solução aceite, aprove e exteriorize o caderno de encargos (v. art.º 217, n.º3).

⁹⁶ Vd. SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª Ed. Lisboa, D. Quixote, 2009, p. 111

K - NOTA CONCLUSIVA

Percorrida assim, toda esta *via sacra*,

Com a entrada em vigor do CCP, a ordem jurídica portuguesa vê-se actualmente dotada de um diploma legal constituído por um corpo homogéneo e consistente de normas disciplinadoras de um conjunto de matérias que, nos nossos dias, se revestem da maior importância.

Um sistema que melhor garanta, o livre acesso dos particulares, a seriedade, a transparência, a isenção e imparcialidade da escolha da Administração, bem como, a igualdade de oportunidades e a legitimação das escolhas, parece evidente que o *diálogo concorrencial* não é meramente informativo, não se resume a uma troca de pontos de vista entre a entidade adjudicante e os candidatos acerca do trabalho que estes apresentaram.

Certamente que a entidade adjudicante discordará de alguns (ou mesmo todos) aspectos previstos nesses pré-projectos contratuais e pretenderá que outros, que considera importantes, sejam incluídos. O diálogo será, pois, o tempo / espaço ideal para um entendimento entre as partes, quanto à melhor forma de uma concreta solução à satisfação das necessidades públicas em apreço. Trata-se, portanto, de um *diálogo transformador*, em que há uma verdadeira co-construção dos aspectos que se pretendem integrar no projecto contratual a submeter à concorrência.

Destina-se a obter o *input* do mercado quanto à melhor forma de satisfazer as necessidades que a entidade adjudicante sozinha, não consegue concretizar. Se, de forma, autoritária, esta ignora ou rejeita a resposta que o mercado lhe dá, de pouco ou nada terá servido consultá-lo.

Existem de facto, razões para eleger os procedimentos concursais, já que estes vão ao encontro das inquietações de transparência e seriedade tão necessários à prossecução dos interesses públicos e dos interesses particulares dos operadores económicos.

Contudo, o tema deste trabalho, “Diálogo Concorrencial – Monólogo ou Mito!?” teve como pano de fundo o facto de a entidade adjudicante nem sequer estar em condições de definir a solução que lhe permita construir um caderno de encargos a submeter à concorrência, a bem dizer, não consegue sequer definir, com o mínimo de rigor, a prestação característica do objecto contratual.

Em suma, as normas comunitárias e o CCP exigem que nestes contratos sujeitos à lógica do mercado haja um procedimento que salvguarde os interesses públicos e particulares envolvidos, um procedimento que concretize a transparência e a seriedade do processo de selecção, pois só assim se garante que aquele que ganha tem capacidade, competência e idoneidade.

Por remate, e aproveitando a deixa de MARK KIRKBY, vale também o argumento de razoabilidade de que “ é lúcido esperar que a entidade adjudicante consiga «fechar os olhos» na elaboração do caderno de encargos a aspectos positivos de determinada solução, mas que não constem da hipotética única solução a levar em conta nessa elaboração. E se de poesia se trata, não poder ser esse o entendimento a imputar ao legislador (art.º 9.º do CC).”

BIBLIOGRAFIA GERAL

- **ANN LAWRENCE DURVLAUX** - *Logique de marche et marché public en droit communautaire*, Editiones Larcier, 2006, pág. 510
- **AA.VV. (CEDOUA / FDUC/IGAT) (2006)** *Contratação Pública Autárquica (Relatório Final elaborado por um grupo constituído pelo Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente)*, Almedina, Coimbra
- **ALMEIDA, JOÃO AMARAL E** – “Os «organismos de direito público» e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu” in AA. VV. – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Coimbra Editora, 2006, pp. 633-656
- **ALMEIDA, J. AMARAL E/SÁNCHEZ, P.FERNÁNDEZ (2009)** – As medidas excepcionais de Contratação Pública para os anos de 2009 e 2010 – Breve Comentário ao D. Lei 34/2009 de 6 de Fevereiro, Coimbra, Coimbra Editora
- **ALMEIDA, JOÃO AMARAL; SÁNCHEZ, PEDRO (2010)** - *A Contratação Pública de Serviços de Assessoria Jurídica* - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia. II. Coimbra: Coimbra Editora. 373-414
- **ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE (2010)** - *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos* - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia. II. Coimbra: Coimbra Editora. 811-846.
- **ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE (2007)** - *Contratos Administrativos e Poderes de Conformação do Contraente Público no Novo Código dos Contratos Públicos* - Cadernos de Justiça Administrativa. 66. (Nov-Dez) págs.3-16
- **ANDRADE, VIEIRA DE (2010)** - *A Propósito do Regime do Contrato Administrativo no “Código dos Contratos Públicos”*- Estudos de Contratação Pública II - Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora. 7-40.
- **AZEVEDO, BERNARDO (2010)** - *Adjudicação e Celebração do Contrato no Código dos Contratos Públicos* - Estudos de Contratação Pública II - Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora. 223-271.
- **AMARAL, DIOGO FREITAS DO (2002)** - *Estudos sobre concessões e outros actos da administração: (Pareceres)*, Coimbra: Almedina
- **ALEXANDRINO, JOSÉ ALBERTO DE MELO (1997)** – *O procedimento Pré-Contratual nos Contratos de Empreitada de Obras Publicas*, Lisboa, AAFDL
- **ALMEIDA & ASSOCIADOS, VIEIRA DE (2008)** – *Código dos Contratos Públicos e legislação Complementar: Guias de leitura e aplicação*, Coimbra: Almedina
- **CAUPERS, JOÃO (2007)** - *Âmbito de Aplicação Subjectiva do Código dos Contratos Públicos* - Cadernos de Justiça Administrativa. 64. 9-14.

- **CATELA, MIGUEL** – “*Contratação Pública nos sectores da água, energia, transporte e telecomunicações Anotado e Comentado*, Associação Forum mercados públicos, Lisboa 2002
- **CAMPOS, DIOGO DUARTE DE** - *A Escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público - Privadas*, Coimbra Ed., Coimbra, 2010
- **CABRAL, MARGARIDA OLAZABAL (2008)** – *O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos da Contratação Pública - I – Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora
- **CABRAL, MARGARIDA OLAZABAL (2007)** - *Procedimentos Clássicos no Código dos Contratos Públicos* - Cadernos de Justiça Administrativa. 64 (Julho-Agosto) 15-27.
- **DUARTE, TIAGO (2008)** - *A Decisão de Contratar no Código dos Contratos Públicos – Da idade do armário à idade dos porquês* – in Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora. 147-180.
- **PHILIPPE FLAMME / MAURICE – ANDRÉ FLAMME – CLAUDE DARDENNE** – *Les marches publics Européens et belges*, Éditions Larciens, Bruxelas, 2005, pág. 196
- **FERREIRA, FRANCISCO ALEXANDRE PEREIRA ANTUNES DE OLIVEIRA (2010)** - *Procedimentos pré-contratuais ao abrigo do Código dos Contratos Públicos: tipos de procedimentos e critérios de escolha*, Coimbra: Coimbra Editora.
- **FONSECA, M. ISABEL CELESTE (2009)** – *Direito da Contratação Pública – Uma Introdução em dez aulas*, 1ª Ed. Almedina
- **GUILHERME FREDERICO DIAS PEREIRA DA FONSECA** – *Legislação Básica da Contratação Pública: parte II : legislação complementar e regime de contrato de trabalho em funções públicas – Lei n.º 59/2008 de 11 de Setembro*, 1ª Ed. Coimbra Editora, 2008
- **GONÇALVES, PEDRO (1999)** – *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória* - Coimbra: Almedina
- **GONÇALVES, PEDRO (2003)** - *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do nosso tempo* - Coimbra: Almedina.
- **KIRKBY, MARK (2010)** - *Conceito e Critérios de Qualificação do Contrato Administrativo: um Debate Académico com e em Homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia*. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia. II. Coimbra: Coimbra Editora. 759-810
- **KIRKBY, MARK (2008)** - *O Diálogo Concorrencial* - Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: Coimbra Editora. 275-326.
- **KIRKBY, MARK (2010)** – *A Contratação Pública nos «Sectores Excluídos»* - in Estudos de Contratação Pública. II. Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora
- **MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA & RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA** - *Concursos e outros procedimentos adjudicação administrativa - Das fontes às garantias*, Almedina, 1998
- **MEDEIROS, RUI** – “*Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à luz do Princípio da Concorrência*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 69, Maio/Junho 2008

- **MAÇAS, FERNANDA (2008)** – *A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos* -Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora.
- **MARTINS, ANA GOUVEIA (2008)** - *O Concurso Limitado por Prévia Qualificação*, Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora.
- **MARTINS, LICÍNIO (2008)** - *Contrato Público e Organização Administrativa* - Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: CEDIPRE/ Coimbra Editora.
- **MOLINA, JOSE ANTONIO MORENO (2007)** – *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público- Estudio Sistemático*, Madrid, La Ley, p.473.
- **NOTA EXPLICATIVA DA COMISSÃO EUROPEIA SOBRE O DIÁLOGO CONCORRENCIAL (2005)**, de 5 de Outubro (Doc.CC/2005/04 _rev1 of 5.10.2005).
- **NEVES, ANA FERNANDA (2010)** - *Os Princípios da Contratação Pública* - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia II Coimbra: Coimbra Editora.
- **OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE (2008)** - *Os Princípios Gerais da Contratação Pública* - Estudos de Contratação Pública. I. Coimbra: Coimbra Editora
- **OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (1998)** - *Concursos Públicos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Coimbra: Almedina.
- **PORTUGAL - LEIS, DECRETOS** – *Código dos Contratos Públicos (2010)* - 5ª Ed., Coimbra: Lisboa
- **SUE ARROWSMITH** – *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2ª Ed. Londres, Sweet &Maxwell, 2005, pág. 630
- **SILVA, JORGE ANDRADE DA (2009)** – *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina
- **SILVA, JORGE ANDRADE DA (2010)** – *Dicionário dos Contratos Públicos*, Edições Almedina.
- **SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO DE (2008)**, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª Ed. Lisboa, D. Quixote
- **SOUSA, LUÍS VERDE DE (2010)** - *A negociação nos procedimentos de adjudicação: uma análise do Código dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina
- **SANTOS, SILVIA SOUSA (2010)** – *A evolução da Contratação Pública no quadro do Direito Europeu*, Teses FDUL
- **TAVARES, GONÇALO GUERRA, NUNO MONTEIRO DENTE (2008)** – *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, Coimbra: Almedina
- **UNIVERSIDADE DE COIMBRA (2006)** – *Contratação Pública Autárquica: Faculdade de Direito - Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente CEDOUA*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Inspecção-Geral da Administração do Território, Coimbra: Almedina
- **VIANA, CLÁUDIA (2007)** - *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra, Ed., Coimbra.

- **VIANA, CLÁUDIA (2003)** – *Legislação da contratação Pública: aquisição de bens e serviços, empreitadas de obras públicas, contratação pública nos sectores especiais, garantias dos particulares*, Coimbra: Coimbra Editora
- **V CONGRESSO LUSO-HISPANO DE PROFESSORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO (2004)** – *La Contratación pública en el horizonte de la integración Europea*, Madrid, INAP

LINKS CONSULTADOS:

- Comissão Europeia – A sua Europa – Mercado Europeu – Contratos Públicos
http://ec.europa.eu/youreurope/business/profitng-from-eu-market/benefiting-from-public-contracts/portugal/index_pt.htm
(13.03.2011)
- Base — Portal (português) dos Contratos Públicos:
<http://www.base.gov.pt> (13.03.2011)
- Fepicop – Federação Portuguesa da Indústria da Construção e Obras Públicas
http://www.aiccopn.pt/upload/Parecer_CCP_06_07_07_final.pdf (01.04.2011)

ANGELINA TEIXEIRA
maria.angelina.teixeira@gmail.com
Advogada-Estagiária

Julho 2011 | verbojuridico.net