

Economia colaborativa e contratação pública: rumo a um modelo aquisitivo mais eficiente e sustentável?

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.27>

Isabel Celeste Fonseca*
João Amadeu Araújo**

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho.

** Mestre em Direito Administrativo. Doutorando em Ciências Jurídico-Públicas pela EDUM. Bolseiro da FCT e investigador do JusGov.

Resumo: A prossecução da eficiência e da sustentabilidade nas aquisições públicas apelam crescentemente a instrumentos conducentes a sinergias e a ganhos de escala que se cruzam com os propósitos da economia colaborativa, sob um pano de fundo marcadamente inovador e digital. No entanto, esta rota dogmática, em prol da otimização dos escassos recursos de que a comunidade dispõe, corre o risco de ficar aquém dos méritos que lhe estariam subjacentes se a lei portuguesa não contornar algumas das suas debilidades para o efeito.

Palavras-chave: Economia colaborativa – contratação pública estratégica – eficiência – sustentabilidade.

Sumário: 1. Introito. 2. *Modus operandi*. 3. Nota conclusiva. Referências.

Abstract: The pursuit of efficiency and sustainability within the scope of public procurement increasingly requires approaches leading to synergies and economies of scale, as advocated by the collaborative economy. Nevertheless, such expectations towards the most fruitful management of resources may also face some risks, which are exacerbated by the Portuguese legal framework.

Keywords: Collaborative economy – strategic public procurement – efficiency – sustainability.

Summary: 1. Introduction. 2. *Modus operandi*. 3. Conclusions. References.

1. Introito

O direito português dos contratos públicos tem conhecido profundas mutações, as quais, sobretudo impulsionadas pelo direito europeu, são (ou-trossim) afetas à densificação – porventura sob uma abrangência ímpar na História – dos valores que se prendem à racionalidade, à eficiência e à sustentabilidade da despesa pública, não numa aceção tão-só economicista, mas associada a variados propósitos societários.

Este não é, todavia, um tema tão recente. Com efeito, anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, era auscultável, ainda que com inegável secundariedade, a abertura a considerações de *sustentabilidade* em tal *corpus* normativo, por excelência, sob a égide transpositiva do direito derivado da União Europeia e em atinência ao acervo jurisprudencial do Tribunal de Justiça (sem obnubilar o papel estruturante do *soft law* em sede de tal desígnio)¹.

Os apontamentos precedentes não invalidam, porém, conforme se indicaria, que o novo fôlego acolhido no panorama da horizontalidade das políticas prosseguidas através dos contratos públicos seja essencialmente reportado aos adventos político-legislativos da última geração, (também) sob o ímpeto da vincada europeização de que esta disciplina jurídica é tributária.

Em sentido mais explícito, apraz atentar, *ante omnia*, à dimensão principiológica que norteia a formação e a execução dos contratos públicos, decorrente do art. 1.º-A do Código dos Contratos Públicos português (CCP). Lado a lado com os princípios tradicionalmente acolhidos nessa sede, radicados do direito nacional e do direito europeu, cumpre registar a consagração de um novo *princípio da sustentabilidade*, o qual assenta numa matriz teleologicamente articulatória da utilidade almejada por políticas públicas amiúde perspetivadas como *dicotómicas* em detrimento de *complementares* (v.g., económicas e concorrenciais *versus* sociais e ambientais).

Nessa senda, é num timbre de eminente *articulação* entre diversificados fins de interesse público², consubstanciado na mobilização holística de esforços

1 V. Estorninho, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, 2012, pp. 415 e ss.

2 V. Fonseca, Isabel Celeste/Carneiro, Ana Rita/Barros, Rita, "Diretivas Contratos Públicos 2014 e (Dificuldades na Definição de um Novo Conceito de) Proposta Economicamente Mais Vantajosa: Desejando um Regulamento Contratos Públicos", in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020, p. 35.

em prol de um modelo pré-contratual e contratual-público sustentável, que cumpre enquadrar, em tempos de escassez (que a crise pandémica veio agudizar), a *comunitarização* de sinergias e um aproveitamento zeloso dos recursos disponíveis, tão imprescindíveis à qualidade dos serviços prestados aos cidadãos e à maximização do impacto social positivo gerado em todo o ciclo de vida aquisitivo.

As coordenadas político-legislativas que se enunciou não se revelam, por isso, impérvias à *ratio* da economia colaborativa, a qual reside em criar espaços de encontro nos quais agentes dotados de interesses comuns ou de necessidades complementares logrem intercambiar valor ou então colaborar num objetivo que comunguem³. Salvaguardas as necessárias adaptações, crê-se que a prossecução mais adequada e atualista do interesse público, em sede aquisitiva, pode (e deve) registar alguns pontos de contacto com tal modelo económico, em que a *propriedade* de bens e de serviços cede dogmaticamente diante do *acesso* aos mesmos⁴.

Com efeito, embora sublinhando que a realidade concetual que ora se escrutina, provinda das ciências económicas (e, até aí, controvertida⁵), tende a ser convocada numa aceção privatística e não no quadro das relações jurídico-administrativas, é fundamental reter que a contratação pública se depara outrossim com vetores axiológico-positivos que clamam por instrumentos afetos às ideias de economias de escala e de criação de sinergias, sob o signo de uma *partilha* tendente à tão almejada otimização do rendimento na sociedade do risco.

E assim sucede com crescente premência sob a tessitura da forte digitalização da economia, que favorece estruturalmente semelhantes propósitos, reduzindo custos e assimetrias informativas⁶. Conforme se intui, a prossecução do interesse público não se poderia alhear das coordenadas materiais

3 Assim, Plaza Angulo, Juan José/Patiño Rodríguez, David/Gómez-Álvarez Díaz, Rosario, "Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataformas y liberalismo económico", in Todoli Signes, Adrián & Hernández Bejarano, Macarena (dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 45.

4 Sobre o assunto, v. Hatzopoulos, Vassilis, *The Collaborative Economy and EU Law*, Bloomsbury, 2018, p. 4.

5 V. Möhlmann, M., "Collaborative consumption: determinants of satisfaction and the likelihood of using a sharing economy option again", in *Journal of Consumer Behaviour*, 14(3), 2015, pp. 193-207; Helms, B., "La Economía Colaborativa y su capacidad para transformar el desarrollo en América Latina", in *Economía colaborativa en América Latina*, IE Business School, 2016.

6 Neste sentido, v. Alfonso Sánchez, Rosalía/Burillo Sánchez, Francisco, "La economía llamada colaborativa", in Alfonso Sánchez, Rosalía & Valero Torrijos, Juan (dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 53.

descritas, razão pela qual se tem tornado incontornável um reforço dos mecanismos agregadores *também* no âmbito da contratação pública, muito sob o repto das ferramentas digitais.

Numa palavra: hodiernamente, as aquisições públicas têm de ser ajustadas à progressiva necessidade de uma metodologia colaborativa, sob prejuízo de se gozar, em várias frentes, a satisfação das necessidades coletivas. Enalteça-se: pode tratar-se de uma oportunidade perdida, quer sob o prisma da eficiência da despesa pública, quer sob o prisma da concretização de outros intentos horizontais, como a inovação, a proteção do ambiente ou a inclusão social, em linha com o entendimento que tem germinado na doutrina ao abrigo do qual a *contratação pública colaborativa* pode contribuir para sedimentar tais políticas estratégicas⁷.

A visão que *supra* se expôs afigura-se, de resto, a mais consentânea com o âmago do *soft law* europeu neste domínio⁸. Destarte, numa perspetiva europeísta – atento o pendor de *direito europeu concretizado* também no concernente à realização da economia colaborativa –, pode aqui ser brotada uma manifestação clara do princípio geral da coerência das políticas da União, constante do artigo 7.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Todavia, tal vocação dos critérios aquisitivos colaborativos para um modelo de compras mais eficiente e sustentável não se afigura linear nas suas manifestações, nem isenta de aspetos sensíveis nos contornos regulatórios em que se estriba.

2. *Modus operandi*

2.1. A título apriorístico à abertura dos procedimentos pré-contratuais, crê-se que a realização das consultas preliminares ao mercado pode ser revestida da maior importância no quadro de um planeamento contratual esclarecido

7 Em especial, v. Valcárcel Fernández, Patricia, “The Relevance of Promoting Collaborative and Joint Cross Border Procurement for Buying Innovative Solutions” in Racca, Gabriella M. & Yukins, Christopher R. (eds.), *Joint Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruylant, 2019, pp. 152-153.

8 V. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruxelas, 02.06.2016; Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Um Novo Plano de Ação para a Economia Circular Para uma Europa mais limpa e competitiva*, COM(2020) 98 final, Bruxelas, 11.03.2020.

e responsável, tese que colhe, aliás, crescente entusiasmo à luz do enquadramento estratégico que é patente a esta figura e que urge aproveitar⁹.

Em conformidade com o preceituado no artigo 35.º-A do CCP, as entidades adjudicantes podem socorrer-se de tal instrumento mediante a solicitação ou a aceitação de pareceres de peritos, de autoridades independentes ou de operadores económicos. Em virtude de tais coordenadas, propiciam-se porventura importantes condições para fundamentar mais sólida e congruentemente a decisão de contratar¹⁰, atenta a ponderação fidedigna e atualista dos interesses em causa, a qual não se deve dissociar do carreamento de estruturantes elementos de facto que frequentemente não estão sob o acesso das entidades adjudicantes, cumprindo recorrer a terceiros que as coadjuvem.

Nessa senda, entende-se, mesmo, que o legislador português poderia ter sido mais ambicioso. Não se desconhecendo que os meios aludidos em sede das consultas preliminares ao mercado figuram na letra da lei a título meramente ilustrativo, urge, numa ótica de *iure condendo*, procurar uma ambição adicional para o planeamento das compras públicas, tomando como inspiração a matriz da economia colaborativa. Em abono da precisão, reputa-se como indispensável que a composição do interesse público se ajuste a metodologias mais inovadoras e digitais, aptas a irem ao encontro dos contornos específicos suscitados pelas necessidades públicas a que tanto urge responder, o que implica, não se olvide, pensar e trabalhar *em rede*. É mister facilitar o intercâmbio de experiências contratuais entre compradores públicos, *é mister* apostar em ações de formação para os recursos humanos de entidades adjudicantes que se enquadrem na mesma tipologia entre si, *é mister* criar portais com dados regularmente atualizados em matéria de boas práticas.

Nem deflui daqui qualquer excentricidade. Em rigor, há já algum tempo que o *soft law* europeu clama por contornos mais robustos de aproveitamento de um potencial de interligação e de intercomunicabilidade entre

9 V. Fonseca, Isabel Celeste/Silva, João Amadeu Araújo da, “As regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020”, in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020, pp. 251-252.

10 Assim, v. Carvalho, Raquel, “Consultas preliminares ao mercado”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2019, p. 651.

entidades adjudicantes¹¹. Não se olvidando o caráter fundamental da regulamentação europeia e da ulterior dimensão transpositiva que à mesma é conferida pelos Estados-Membros, entende-se que tal não consubstancia, nem pode alguma vez consubstanciar, a demissão dos ordenamentos jurídicos nacionais da densificação das soluções normativas que *in loco* se afirmam como as mais adequadas (sem descurar a conformidade com o direito da União Europeia). É nesse sentido que se reputa como imprescindível tomar a dianteira legiferante, através da previsão de soluções inovadoras e que se traduzam num paradigma de sustentabilidade a seguir pelas entidades adjudicantes de outros Estados-Membros, despertando da *dormência comparatística* que é, por vezes, aferida e que se queda pela mera transposição acrítica das soluções jurídicas que radicam do direito derivado europeu, sem procurar complementá-las ou sequer indagar as abordagens enveredadas noutros ordenamentos domésticos.

2.2. Na mesma esteira de aproveitamento de sinergias, colige-se o potencial para atuar também colaborativamente a jusante, aquando do *início do procedimento*. E é forçoso não obnubilar, neste contexto, o papel que pode ser atribuído à contratação pública conjunta no *fado* da aquisição de bens, obras ou serviços à luz dos termos procedimentalmente mais vantajosos.

De forma mais precisa, cabe reter que, no momento da abertura procedimental, revela-se, amiúde, muito pertinente a opção no sentido da integração num agrupamento de entidades adjudicantes. Esta figura é mobilizável, por excelência, quando estejam em causa interesses de fruição indivisível (*v.g.*, a publicitação de um evento comum por duas autarquias locais), interesses convergentes (*v.g.*, a construção de uma estrada destinada a ligar as sedes dos respetivos concelhos) ou interesses paralelos (*v.g.*, a aquisição, por vários institutos públicos, de serviços de reparação de equipamentos e de programas que todos eles utilizem): interesses cuja prossecução agrupada logra, *prima facie*, ganhos de escala aos quais as entidades adjudicantes não poderiam decerto aceder de forma isolada (ou, pelo menos, na qualidade, eficiência ou dimensão visadas)¹².

11 V. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa*, Estrasburgo, 03.10.2017, COM(2017) 572 final.

12 Neste sentido, v. Oliveira, Mário Esteves de, "Agrupamentos de Entidades Adjudicantes e de Candidatos e Concorrentes em Procedimentos de Contratação Pública", in Gonçalves, Pedro Costa (org.), *Estudos de Contratação Pública II*, Coimbra Editora, 2010, p. 104.

Nos termos estatuídos pelo n.º 1 do art. 39.º do CCP, as entidades adjudicantes podem agrupar-se com vista *a)* à formação de contratos cuja execução seja do interesse de todas, *b)* à formação de um acordo-quadro do qual todas possam beneficiar, *c)* à gestão conjunta de sistemas de aquisição dinâmicos, *d)* ou à aquisição conjunta através de catálogos eletrónicos. As entidades adjudicantes designam qual delas constitui o “representante do agrupamento” para os efeitos da condução do procedimento de formação do contrato ou do acordo-quadro a celebrar (n.º 2), o que bem se compreende, uma vez que, nos moldes sinérgicos projetados, não faria sentido que todas se mantivessem cometidas à gestão procedimental nos termos que impenderiam não agrupadamente.

Salvaguarda-se, todavia, a exigência de as decisões centrais do procedimento serem tomadas conjuntamente, ou seja, pelos órgãos competentes de todas as entidades adjudicantes integrantes do agrupamento, incluindo-se no referido âmbito decisório a decisão de contratar, a decisão de escolha do procedimento, a aprovação das peças do procedimento, a designação do júri, a decisão de qualificação dos candidatos, a decisão de adjudicação, assim como todos os «restantes atos cuja competência esteja atribuída ao órgão com competência para a decisão de contratar» (n.º 3). Ora, não se consegue apurar o sentido subjacente ao último trecho normativo, que, interpretado literalmente, incorporaria uma miríade de atos administrativos, oferecendo o flanco ao aniquilamento da própria figura do representante comum do agrupamento. Com vista a repelir os efeitos perniciosos reportados a semelhante leitura, caberá ao intérprete temperar restritivamente este acesso incongruente do nosso legislador, reduzindo os atos referidos àqueles em relação aos quais a lei já proibisse ou limitasse a respetiva delegação¹³.

No entanto, os pontos legislativamente nevrálgicos na regulação nacional não se ficam por aqui. Com efeito, contrariamente ao que seria expectável, não é vertida na letra da lei a habilitação para o efeito de constituição de agrupamentos num alcance tão-só *parcial* nos procedimentos adjudicatórios (possibilidade que contrasta com a que se projeta *forçosamente* por referência a *todas* as fases procedimentais). Esta revela-se uma questão da máxima relevância, na medida em que poderia suceder, *verbi gratia*, que uma entidade adjudicante pretendesse extrair algumas vantagens da agrupação, sem que isso significasse que estaria, ainda assim, disposta a abdicar de tomar individualmente determinadas decisões¹⁴.

13 V. Fernández Sánchez, Pedro, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, AAFDL Editora, 2020, p. 585.

14 Assim, v. Gonçalves, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2018, p. 356.

A incúria do legislador português contrasta com a cristalinidade do tratamento desta matéria nas diretivas europeias, em que ambas as possibilidades mencionadas são expressamente acolhidas, e nas quais, em moldes muito mais claros do que os do incipiente n.º 6 do art. 39.º do CCP, se postula o regime da responsabilidade das entidades adjudicantes que é, em função disso, aplicável. Assim, sem adentrar nas consequências da não transposição efetiva das diretivas, aprez apenas remeter para o teor do n.º 2 do art. 38.º da Diretiva 2014/24/UE¹⁵ e do n.º 2 do art. 56.º da Diretiva 2014/25/UE¹⁶ a este respeito: responsabilidade solidária aplicável face às decisões conjuntamente tomadas «em nome e por conta de todas as entidades adjudicantes», e, em sentido oposto, responsabilidade individual quanto às decisões tomadas sob a esfera individual¹⁷.

Enfim, diante das debilidades da lei portuguesa, não se encara com surpresa que seja auscultado um acrescido contexto de retraimento no recurso aos agrupamentos de entidades adjudicantes, com a correspondente minimização das vantagens que, de outro modo, lhe poderiam subjazer e que, na senda do recorrido, se cruzariam com os propósitos de *auxílio otimizador* da economia colaborativa. Nunca é despiciendo recordar que urge, em sentido distinto, investir o maior escrúpulo normativo com o fito de potenciar, entre nós, um modelo de compras públicas mais eficiente ou sustentável.

Aqui chegados e sem prejuízo das dificuldades gizadas, importa referir que, no atual estado da arte, os agrupamentos de entidades adjudicantes não se confinam necessariamente à circunscrição doméstica. Na verdade, à luz do disposto nos n.ºs 7 a 9 do art. 39.º do CCP, é admitida a constituição de agrupamentos entre entidades adjudicantes de distintos Estados-Membros da União Europeia, precedida por um acordo em que prevejam as responsabilidades das partes, as disposições nacionais aplicáveis (a constar das peças do procedimento), assim como a organização interna do procedimento pré-contratual, nomeadamente a sua gestão, a distribuição das obras, bens ou serviços a adjudicar e a celebração dos contratos. Pode, mesmo, desencadear-se a constituição de uma entidade comum (designadamente sob a forma de agrupamento europeu de cooperação territorial) na circunstância de ser pretendida *in casu* uma associação mais reiterada entre tais

15 V. União Europeia, Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2014/18/CE.

16 V. União Europeia, Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

17 Frisando este descompasso, v. Gonçalves, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, op. cit., p. 356.

entidades adjudicantes. Para tal efeito, através do órgão competente dessa estrutura comum, será definida a legislação nacional aplicável em matéria de contratos públicos (entre a legislação do Estado no qual a entidade comum tem a sua sede social ou entre a legislação do Estado onde realiza as suas atividades).

Este auspicioso advento desnacionalizar no domínio pré-contratual público, que se prende à transposição (desta feita, efetiva) dos arts. 39.º e 57.º das Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, respetivamente, abre quiçá horizontes ainda mais alargados no que concerne aos ganhos de escala em sede aquisitiva, atendendo à especial envergadura que se pode associar à contratação pública transfronteiriça. Existem já experiências bem sucedidas neste domínio, assinaladas pela doutrina internacional, em particular no que concerne ao fomento de soluções mais inovadoras e a preços competitivos: experiências que, indo ao âmago dos anseios europeus em matéria de uma crescente inovação na contratação pública – hoje patentes tanto ao *hard* como ao *soft law* – redobram de força o entendimento à luz do qual a colaboração entre Estados-Membros pode estimular proficuas sinergias, aptas a extrair o melhor proveito do potencial inovatório que o mercado interno tem para oferecer¹⁸.

2.3. Independentemente do maior ou menor entusiasmo que possa ser perfilhado neste tocante, há algo que não propicia grande margem para dúvidas: a constituição de agrupamentos de entidades adjudicantes pode representar uma oportunidade no sentido de congregar esforços adicionais para a definição de critérios aquisitivos mais eficientes e sustentáveis. Na esteira do exposto, são vários os momentos-chave, do ponto de vista procedimental, em que *conjuntamente* se pode procurar densificar tais intentos, desde logo, a escolha do procedimento pré-contratual.

E cumpre tecer aqui uma referência específica ao *novo* procedimento da parceria para a inovação, cujo desencadeamento bem pode ser revestido de acuidade, findo o recurso à já aludida figura da consulta preliminar ao mercado. Registe-se que assim o é, a título paradigmático, no cerne das aquisições conjuntas transfronteiriças, em que a observância dos fundamentos materiais para a escolha do procedimento pré-contratual em apreço apresenta contornos mais desafiantes, que são suscitados pela complexidade ínsita ao conhecimento cabal do mercado de diferentes Estados-Membros¹⁹.

18 Neste sentido, v. Valcárcel Fernández, Patricia, *op. cit.*, pp. 151 e ss.

19 *Idem, ibidem*, p. 157.

Com efeito, para poder ser validamente justificada a escolha da parceria para a inovação, carece-se sempre de demonstrar a inexistência no mercado das soluções pretendidas (ou, pelo menos, nos termos pretendidos), o que, como se deu nota, não pode repousar num juízo leviano, mas deve, pelo contrário, assentar num conjunto de elementos fidedignos: relembre-se que é a essa luz que se sindicará a fundamentação da decisão de contratar.

Pois bem, a parceria para a inovação – desdobrada em sucessivas fases com vista à investigação, ao desenvolvimento e à (expectável) aquisição de bens, serviços ou obras com características inovadoras – encontra-se regulada nos arts. 218.º-A e ss. do CCP, sendo a respetiva escolha enquadrada igualmente como uma *opção estratégica*, que, naturalmente, se exacerba se tomada numa escala agrupada. A jeito mais entusiasta, não há como ocultar que se afere uma margem de associação entre o fomento deste procedimento pré-contratual e aquela que pode ser a concretização de algumas exigências radicadas do direito europeu originário. Os obstáculos, no entanto, não são descuráveis.

A esse respeito, a Comissão Europeia tem, precisamente, alertado para um claro subaproveitamento das potencialidades subjacentes a este procedimento por parte dos Estados-Membros²⁰ (entre os quais Portugal é paradigma). Pese embora não se aferindo uma inefetiva transposição jurídica das diretivas no tocante a esta figura, desnuda-se uma insuficiente regulação no Código, reconvocando-se o reparo crítico que se havia tecido à falta de ambição normativa do legislador português.

Nesse sentido, em virtude da desconfiança com que tendem a ser perspetivadas as parcerias para a inovação, a qual, em alguma medida, se prende ao temor de uma especial porosidade a abordagens que favoreçam a restrição ou o falseamento da concorrência, deveria ser aproveitado o ensejo legislativo para postular, *v.g.*, que, no cerne deste procedimento pré-contratual, não podem ser realizadas negociações com determinado(s) parceiro(s) sem que seja concedida idêntica oportunidade aos demais que não hajam sido excluídos²¹.

Esta rota de cautelas (e não meros detalhes) pode porventura contribuir para que as parcerias para a inovação conheçam um espaço mais seguro e expressivo no seio da prática administrativa nacional. Se assim suceder, e na esteira do que se avançara, afere-se uma margem válida para concretizar

20 V. Comissão Europeia, *Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa*, *op. cit.*

21 Assim, v. Fonseca, Isabel Celeste/Silva, João Amadeu Araújo da, *op. cit.*, p. 251.

nesta sede as disposições do próprio Tratado de Lisboa relativamente à inovação, à investigação e ao desenvolvimento tecnológico, *maxime* a parte final do n.º 1 do art. 173.º e o n.º 1 do art. 179.º do TFUE²².

A asserção prévia mune-se de premência se se atentar ao carácter eventualmente duradouro desta arena de parcerias. E a discussão que ora se acalenta não aparta os municípios (sobretudo se agrupados, à luz das vantagens calcorreadas), existindo já estudos que, não obstante embrionários, gizam algumas razões para preconizar que os incursos inovadores muito podem também singrar no contexto municipal e, nessa medida, contribuir para a oferta de soluções mais sustentáveis para a satisfação das necessidades públicas dos munícipes, sedimentando o tão preconizado modelo de *ciudades circulares*²³. Tornar-se-ia, em particular, fundamental estudar com afincos eventuais experiências de municípios que laborem em conjunto rumo à inovação, nomeadamente ao nível da convocação das soluções criativas do setor privado face a um vasto conjunto de desafios da vida urbana no século XXI (*v.g.*, delimitação do sistema de regulação do trânsito, o modelo de vigilância dos espaços públicos, a resolução das deficiências técnicas da iluminação pública²⁴).

2.4. Além da escolha do dissecado procedimento pré-contratual, a matriz, por excelência, colaborativa que preside à constituição de agrupamentos de entidades adjudicantes pode também aliar-se a uma configuração das peças do procedimento que se mova em maximizar os critérios horizontais na contratação pública.

Com efeito, são inúmeras as problemáticas que podem (e devem) ser pensadas ao embalo dessas coordenadas sinérgicas, a que a atuação *agrupada* muito oferece o flanco, tais como, *verbi gratia*, a melhor gestão dos fundos públicos, a reutilização dos bens (ao invés da sua eliminação), o fomento da participação das PME, a inclusão laboral de pessoas com deficiência, o combate à discriminação racial ou de género, a contratação de desempregados de longa duração ou de jovens à procura do primeiro emprego, entre tantas outras a que se poderia aludir.

22 V. Fonseca, Isabel Celeste/Machado, Carla/Santos, Luciana Sousa, "Parcerias para a inovação e a antecipação do futuro: breve ensaio", in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020, p. 100.

23 V., a título ilustrativo, Jones, Mervyn/Sohn, Iben Kinch/Bendsen, Anne-Mette Blysemose, *Circular Procurement: Best Practice Report*, Regional Networks for Sustainable Procurement, ICLEI, 2017.

24 Fornecendo estes exemplos, v. GONÇALVES, Pedro Costa, "Smart cities e contratação pública", in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, Vol. 22, Issue 1, 2021, p. 129.

Num rasgo mais específico, o espaço procedimentalmente conferido para aqueles desideratos tende a reportar-se à definição das especificações técnicas (art. 49.º), à previsão dos critérios de qualificação (art. 165.º), à possibilidade de reserva de contratos (art. 54.º-A), à densificação do critério de adjudicação (arts. 74.º e 75.º), assim como ao enquadramento de condições especiais de execução contratual (art. 42.º)²⁵.

Numa aceção ilustrativa, as sinergias aquisitivas sob a égide de agrupamentos de entidades adjudicantes podem passar por exigências conjuntas quanto à ostentação de *rótulos ecológicos* ou de *rótulos de comércio justo*, por referência a diferentes momentos-chave (especificações técnicas, critério de adjudicação, condições de execução contratual), com a expectável repercussão num universo porventura muito vasto de consumidores finais de bens mais *sustentáveis* (v.g., “Cidades para o Comércio Justo”).

Com isto, não se crê que irrompa propriamente aqui uma *nova categoria* de políticas horizontais nas aquisições públicas, passível de autonomização dogmática face às restantes (como seriam, então, as “políticas colaborativas”). Em sentido distinto, trata-se, isso sim, de uma ferramenta normativa que pode constituir uma aliada à consecução daqueles desideratos estratégicos, musculando os seus termos de efetivação e em várias vertentes.

2.5. Escalpelizados os vetores colaborativos que podem, por um lado, subjazer a um planeamento contratual mais articulado e, por outro, à opção de constituição de agrupamentos de entidades adjudicantes, e as suas implicações na sustentabilidade e na eficiência aquisitivas, importa, doravante, ainda que sempre ao abrigo das mesmas premissas iniciais, debruçar a atenção sobre outra vertente dogmática que permeia a economia colaborativa na contratação pública: *a agregação e a centralização das compras públicas*.

Na esteira lógica de tudo quanto tem vindo a ser dito, revela-se claro que, no quadro da demanda pelas condições contratuais que se dotem de um acrescido potencial de vantagem para a prossecução do interesse público, importa considerar instrumentos que possam configurar uma opção mais atrativa do que a contratação isolada. É hoje reconhecido o impacto de que a agregação

25 Por todos, v. Estorninho, Maria João, *op. cit.*, pp. 415 e ss.; Amado Gomes, Carla/Caldeira, Marco, “Contratação pública «verde»: uma evolução (eco)lógica”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, *op. cit.*, pp. 841 e ss.; Rodrigues, Nuno Cunha, “A utilização de critérios sociais no Código dos Contratos Públicos”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, *op. cit.*, pp. 883 e ss.; Fonseca, Isabel Celeste/Silva, João Amadeu Araújo da, *op. cit.*, pp. 75 e ss.

do processo de compra se tende a prover no âmbito da satisfação das necessidades públicas, permitindo asseverar um peso negocial que as entidades adjudicantes, a título de isolacionismo contratual, jamais lograriam *per se*. Destarte, remarca-se que aquele poder é, por natureza, maximizado mediante a contratação em acordos-quadro e, por excelência, quando são constituídas centrais de compras, as quais, visando as necessidades contratuais de vários adquirentes, favorecem prolíficas economias de escala, que, à semelhança do que se deu nota, podem consubstanciar uma via especializada para assegurar, a jusante, um clausulado contratual mais vantajoso²⁶.

Em particular, as centrais de compras, na afeição ímpar ao conceito de “economia do ócio”, são reputadas como o *ex libris* dos ganhos de escala na contratação. Com efeito, face à respetiva natureza profissionalmente vocacionada para a negociação de condições contratuais mais atrativas, tal mecanismo agregador muito coadjuva a mitigar as fragilidades que tão frequentemente se auscultam na esfera das entidades adjudicantes e que se prendem à escassez de meios humanos, logísticos e técnicos para a contratação no mercado ao abrigo dos melhores termos possíveis²⁷.

Em virtude de atuarem como «grossistas para a compra, armazenagem e revenda ou, em segundo lugar, como intermediários para a adjudicação de contratos, a gestão de sistemas de aquisição dinâmicos ou a celebração de acordos-quadro a serem utilizados pelas autoridades adjudicantes»²⁸, e considerando o seu peso de atuação, recomenda-se, ademais, não descuidar aquela que é a crescente perceção dogmática das centrais de compras como atores procedimentalmente indispensáveis ao fomento de abordagens mais inovadoras no processo aquisitivo e ao estímulo da progressiva expressividade do pequeno e do médio tecido empresarial no mercado da contratação pública²⁹. Assim sucedendo, esta corresponderá a uma linha certa na promoção daquele empresariado, em contraste com o desconcerto da abordagem protecionista na qual o legislador português incorreu recentemente para o efeito, no quadro da Revisão de 2021 do CCP, promovida pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio (em que viola o núcleo duro

26 V. Fernández Sánchez, Pedro, *Direito da Contratação Pública*, *op. cit.*, pp. 775 e 884 e ss.

27 Neste sentido, *idem*, *ibidem*, p. 805.

28 V. União Europeia, Diretiva 2014/24/EU, *cit.* (Considerando 39).

29 Assim, v. Fonseca, Isabel Celeste, “A Proposta de Lei n.º 41/XIV: Notas sobre uma (desconcertante) reforma do direito da contratação pública”, in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020, p. 293.

dos princípios fundamentais da normatividade europeia em matéria de contratos públicos)³⁰.

Sem embargo de tantos serem os méritos *prima facie* ínsitos a estes instrumentos procedimentais especiais, importa, ainda assim, acautelar alguma parcimónia, na medida em que este não é um caminho isento de *espinhos* no Código.

Destarte, pese embora as inúmeras vantagens reconhecidas à agregação e à centralização das compras públicas, cumpriria evitar o respetivo exacerbamento, em coordenadas de alienação material ou de imposição *a todo o custo*, sob prejuízo de se proporcionar a respetiva *perversidade* e de se atentar, em última instância, contra a própria matriz prossecutora de um modelo pré-contratual público mais eficiente.

É, por conseguinte, com inelutável preocupação *jusadministrativa* que se decifra um terreno fértil à violação do interesse público financeiro espoletada por uma solução legislativa que *impõe* às entidades adjudicantes integradas na Administração direta e indireta (não empresarial) uma contratação vinculada aos acordos-quadro celebrados no regime do Sistema Nacional das Compras Públicas, subtraindo tendencialmente da disponibilidade daqueles adquirentes públicos a contratação a título isolado, *mesmo que*, em tantos casos – pasme-se! –, essa figurasse como a via geradora dos termos contratuais mais vantajosos. São estes os riscos da preterição da desejável natureza *facultativa* deste instrumento³¹.

Com efeito, deflui da letra da lei que as entidades adjudicantes abrangidas por sistemas de compra vinculada ao abrigo de um acordo-quadro ficam apenas excecionadas dessa vinculação caso demonstrem que, para uma

³⁰ O acinte é, neste caso, primordialmente dirigido ao disposto no n.º 4 do art. 113.º, que mitiga as limitações à contratação reiterada do mesmo operador económico, nos termos que se reproduz: «O disposto no n.º 2 [relativo ao condicionamento daquela contratação reiterada] não se aplica aos procedimentos de ajuste direto para a formação dos contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de uso corrente promovidos por autarquias locais sempre que: a) A entidade convidada seja uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei, com sede e atividade efetiva no território do concelho em que se localize a entidade adjudicante; e b) A entidade adjudicante demonstre fundamentadamente que, nesse território, a entidade convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou adquirir». Num olhar crítico, v., entre outros, Caldeira, Marco, "Das preferências «locais» na revisão do Código dos Contratos Públicos: são os «santos da casa» que fazem «milagres»?», in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 10, 2021, pp. 67-68; Fonseca, Isabel Celeste, "A Proposta de Lei n.º 41/XIV...", *op. cit.*, p. 286; Fernández Sánchez, Pedro, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2021, pp. 44-45.

³¹ V. Fernández Sánchez, Pedro, *Direito da Contratação Pública*, *op. cit.*, pp. 818 e 826.

dada aquisição ou locação de bens móveis, a utilização do acordo-quadro levaria ao pagamento de um preço, por unidade de medida, pelo menos, 10% superior ao preço demonstrado pela entidade adjudicante para objeto com as mesmas características e nível de qualidade (n.º 1 do art. 256.º-A do CCP). No essencial, e sem prejuízo, desde logo, das dificuldades que presidem a tal demonstração diabólica, sempre se conclui que a prioridade legislativa *in casu* se traduz cristalinamente na sobrevivência de um sistema de compras centralizado, que, ao invés de se impor pela sua atratividade intrínseca, se impõe à custa daquela que figuraria como uma poupança de (até) 9,99% face a um mesmo *quid*, provido das *mesmas* exatas características, sendo, por isso, suscitado um injustificado prejuízo para o erário público, que em tudo oferece o flanco a um olhar perplexo do intérprete³².

Numa palavra: neste tocante, o nosso legislador parece “abrir caminho” a que seja, paradoxalmente, comprometida a *ratio* do acesso agregador das compras públicas, *id est*, aquela que *jamaiz* se poderia dissociar da almejada maximização da eficiência aquisitiva no cerne da melhor prossecução do interesse público. Este é, por tudo, um exemplo bem ilustrativo de que a aplicação dos princípios da economia colaborativa à contratação pública recomenda também algumas cautelas.

Conforme se reiterou, o acinte crítico precedente cinge-se, todavia, a um preceito normativo que se aplica aos adquirentes públicos inseridos na Administração direta e indireta (não empresarial). Por outras palavras: um olhar mais benevolente é forçosamente dirigido aos contornos legais do recurso a estes instrumentos pelas demais entidades adjudicantes, já que arrimados aos devidos moldes facultativos. E quão oportunos podem, de resto, afigurar-se os acordos-quadro e as centrais de compras na otimização da eficiência e da sustentabilidade das compras públicas de tantas dessas restantes entidades adjudicantes, nomeadamente as *autarquias locais*.

A esse respeito, importa dizer que, à luz do disposto no n.º 4 do art. 257.º do CCP, é descortinada uma exceção à estabilidade subjetiva dos acordos-quadro que possibilita, *verbi gratia*, que, nas peças do procedimento de um acordo-quadro celebrado por uma autarquia local, tenha sido salvaguardada *ab initio* a eventual adesão de outras autarquias que se insiram na mesma Comunidade Intermunicipal ou Área Metropolitana³³. Assim, gera-se,

32 Assim, *idem*, *ibidem*, p. 826.

33 V. Pires, Miguel Lucas, “Acordos-quadro”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, op. cit., p. 992.

in totum, uma conjuntura tendente à maximização da eficiência e da sustentabilidade, sob o ideal de aproveitamento de sinergias, o que, não se olvide, pode revelar-se estratégico para a própria implementação dos critérios horizontais na contratação pública municipal, atendendo que porventura também aí acolhidos num volume considerável de relações contratuais, sob uma constância temporal que pode ascender a quatro anos ou, até, a um prazo superior (excepcional e fundamentado), ao abrigo do teor dos n.ºs 2 e 3 do art. 256.º do CCP.

Soma-se a nota de que, por força do recente aditamento do n.º 3 ao art. 2.º do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de outubro, as Áreas Metropolitanas e as Comunidades Intermunicipais estão agora legalmente habilitadas a assumir a «função de centrais de compras, em benefício dos respetivos municípios e de quaisquer outras entidades adjudicantes, exceto as obrigatoriamente vinculadas a sistemas de compras legalmente instituídas».³⁴ Destarte, também aí se tornam transponíveis as conclusões gerais sufragadas no concernente aos méritos associados a esta figura, quer no plano da racionalização da despesa pública, quer no plano da eventual promoção de outros valores no seio aquisitivo.

2.6. Traçado este périplo, não se poderia dar por finda a tarefa de escrutinar, em breves notas, a contratação pública *colaborativa* no ordenamento jurídico português sem dedicar uma última palavra às *plataformas eletrónicas*, cuja utilização constitui apanágio do modelo em exegese.

Com efeito, sumariamente caracterizada a saliência sinérgica que é atinente à aplicação dos princípios da economia colaborativa à atividade contratual, seria tudo menos congruente que a prossecução dos intentos que se tem descrito pudesse assentar num conjunto de práticas obsoletamente materializadas e, *prima facie*, tão obstantes à otimização da eficiência na era digital. É nesse sentido que urge destacar que a tramitação integral dos procedimentos de formação dos contratos públicos no seio das plataformas eletrónicas representa hoje uma realidade assente em Portugal – com exceção do ajuste direto e da consulta prévia.

Por imperativo de correção histórica, importa, aliás, advertir que foi o legislador português aquele que, entre toda a latitude jurídica dos Estados-Membros da União, tomou a dianteira na concretização da contratação

³⁴ Acolhendo igualmente com entusiasmo esta novidade legislativa, v. Fernández Sánchez, Pedro, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, op. cit., pp. 219-222.

pública eletrônica, não se tendo, em 2008, quedado pela mera dimensão transpositiva que lhe incumbiria então nesta matéria, ao abrigo das diretivas-contratos públicos/2004 – ainda estribadas na natureza facultativa da implementação da *e-procurement* –, mas tendo, bem pelo contrário, ido muito mais além na densificação de tais propósitos, instituindo com caráter de obrigatoriedade a via eletrônica na realização dos procedimentos pré-contratuais. Ora, o sucesso da experiência portuguesa logrou tamanho arrojo que as subsequentes diretivas de 2014 extraíram dela a respetiva inspiração, sendo, nos tempos hodiernos, europeicamente injuntivo um paradigma de contratação pública eletrônica – sob o repto vanguardista português³⁵.

Entre as múltiplas vantagens que lhe estão umbilicadas – pese embora o presente estudo, face ao seu objeto, não se detenha sobre todas elas –, a desmaterialização da tramitação dos procedimentos pré-contratuais logrou abolir o preocupante pendor do suporte físico até então auscultado e a absorvente carga formalística associada à necessidade da presença física para quaisquer atos procedimentais. Nessa medida, facilmente são discerníveis os ganhos de eficiência e celeridade que se geram pela simples circunstância de as diligências procedimentais serem agora integralmente asseguradas por recurso às ferramentas digitais, o que é outrossim aplicável às comunicações entre todos os que participam nos procedimentos³⁶.

Na observância dos requisitos de integridade, segurança, gratuidade, igualdade, interoperabilidade e compatibilidade, as plataformas – licenciadas, monitorizadas e fiscalizadas pelo IMPIC, I.P., em coordenação com o Gabinete Nacional de Segurança – prestam um conjunto de serviços-base que permitem o desenvolvimento total dos procedimentos pré-contratuais, estando abrangidos: *a)* o acesso aos procedimentos e às peças do procedimento que tenham sido publicadas; *b)* o envio de mensagens através da plataforma eletrônica; *c)* o envio de mensagens de correio eletrónico para todos os intervenientes na fase do procedimento de formação de contratos públicos em curso, sempre que, nos termos do CCP, tal comunicação seja obrigatória; *d)* os pedidos de esclarecimentos e listas de erros e omissões; *e)* a submissão de candidaturas, de propostas e de soluções; *f)* as pronúncias em audiência prévia; *g)* as reclamações e as impugnações; *h)* a decisão de

35 Sobre este assunto, v. Viana, Cláudia, “Contratación pública electrónica: la experiencia portuguesa”, in Gimeno Feliú, José María (dir.) & Bernal Blay, Miguel Ángel (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Thomas Reuteurs Aranzadi, 2014, pp. 284 e ss.

36 V. Gonçalves, Pedro Costa, “Eficiência e transparência na contratação pública: a contratação pública eletrônica”, in Vieira de Andrade, José Carlos & Silva, Suzana Tavares da (coords.), *As reformas do sector público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*, Imprensa Universidade de Coimbra, 2017, p. 178.

adjudicação; *i*) a entrega dos documentos de habilitação; *j*) assim como a visualização de todas as mensagens e avisos criados pelas entidades adjudicantes a que, nos termos da lei, os operadores económicos devem ter acesso (arts. 7.º, 8.º e 24.º da Lei n.º 96/2015).

Numa palavra, foram eliminadas *distâncias* e *barreiras* que outrora impediavam dissuasivamente aos termos ágeis e expeditos com que deveriam ser conduzidos os procedimentos de formação de contratos públicos. Retenha-se que o anacronismo em causa se afigurava comprometedor da própria consolidação do mercado interno, na medida em que os operadores económicos eram dissuadidos de participar em muitos procedimentos pré-contratuais nos quais poderiam ter interesse em fazê-lo, em virtude dos constrangimentos logísticos que se seguiriam. Por tudo, *a montante*, era prejudicada a efetividade do apelo concorrencial – em contravenção dos ditames do direito europeu originário – e, *a jusante*, perder-se-ia verosimilmente também no plano da incindível obtenção de propostas mais atrativas para o interesse público.

No tocante a esta última vertente, apraz, a título paradigmático, assinalar que a eficiência e a sustentabilidade das compras se veem, desta feita, propulsionadas sob um pano de fundo apto a *i*) assegurar poupanças expressivas do erário público, *ii*) a concretizar *per se* os valores da responsabilidade ambiental e *iii*) a facilitar o acesso das PME ao mercado da contratação (a par de todas as demais vantagens que se lhe podem aditar). Não é por isso se não um saldo dogmático inequivocamente favorável aquele que se atribui à *e-procurement* sob o prisma densificador das dimensões principiológicas em análise³⁷.

Cumpre, todavia, mais uma vez, repelir os *endeusamentos* precipitados. Se é, por um lado, indiscutível que a utilização das plataformas eletrónicas na contratação pública torneou asfixiantes obstáculos em sede procedimental, por outro lado, não é menos verdade que foram germinados outros, que igualmente podem sabotar a plenitude dos intentos a que aquelas se propuseram³⁸. E não há como menosprezar os condicionalismos que se têm apurado na radicalização formalista das regras que respeitam às assinaturas

³⁷ Assim, v. Viana, Cláudia, *op. cit.*, p. 284.

³⁸ Em sentido próximo, v. Matos, Sara Augusto de/Azevedo, Pedro Santos, “Breves considerações sobre a assinatura electrónica na contratação pública”, in Gonçalves, Pedro Costa (dir.), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 15, Almedina, 2014, p. 36.

eletrônicas (e que tanto têm fomentado a litigiosidade e o antagonismo dos ventos jurisprudenciais).

É o que sucede, em particular, a respeito da obrigação de aposição de assinatura eletrônica qualificada em *todos* os documentos constitutivos das propostas *antes* da respetiva submissão na plataforma (nos casos em que a plataforma não possibilite a modalidade alternativa de carregamento progressivo de documentos, dado que aí é suficiente a assinatura global, aposta *aquando* da submissão das propostas) – n.ºs 4 e 5 do art. 68.º da Lei n.º 96/2015. Mais precisamente, importa interrogar se não será manifestamente desproporcional que a preterição de tal formalidade legal se possa associar a uma consequência jurídica tão gravosa quanto a automática exclusão dos concorrentes inadimplentes dos procedimentos pré-contratuais (ao abrigo da subsunção ao fundamento excludente constante da alínea l) do n.º 2 do art. 146.º do CCP, *i.e.*, inobservância das formalidades do modo de apresentação das propostas fixadas nos termos do disposto no art. 62.º).

Esta é uma questão da maior relevância, urgindo refletir no seguinte: cumprirá que se ofereça o flanco a que, em virtude das dificuldades interpretativas suscitadas por uma formalidade intrincadamente acolhida na letra da lei e arrimada tão-só à “febre burocratizante” do legislador (já que em extravasamento dos interesses a cuja tutela se propõe³⁹), sejam – aí sim – *curvados* os valores fundamentais do direito europeu e nacional dos contratos públicos? Note-se que pode, inclusivamente, estar em causa o arredamento de propostas providas de um ímpar potencial de atratividade, sem que tal encontre sequer respaldo na sobrelevação material de qualquer bem jurídico que urja tutelar *naqueles* termos⁴⁰.

Pois bem, é certo que, mesmo que essa se repete *ab initio* como uma formalidade essencial (com sustento no princípio geral à luz do qual, se a lei a previu, o referido juízo de essencialidade terá sido então, *per se*, vertido⁴¹ – isto, independentemente do quão crítico possa vir a ser o intérprete em

39 A doutrina tem apontado três finalidades visadas pela assinatura eletrônica qualificada, que se estribam no disposto no n.º 1 do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 290/D: a “função identificadora”, a “função finalizadora ou conformadora” e a “função de inalterabilidade”. V., por todos, Sousa, Luís Verde de, “Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, op. cit., p. 949.

40 Suscitando as bases desta reflexão crítica, v., Fernández Sánchez, Pedro, *Direito da Contratação Pública*, op. cit., p. 163.

41 Sobre este assunto, v. Amaral, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2016, p. 385.

relação ao sentido da solução legal prescrita), existe, ainda assim, uma *válvula de escape* que a ordem jurídica confere e que pode militar pelo afastamento do efeito procedimentalmente excludente atribuível à preterição daquela formalidade. Trata-se do apelo à *teoria das formalidades não essenciais*, de que o Supremo Tribunal Administrativo se socorreu, não há muito tempo, para dirimir uma questão controvertida que se revestia dos contornos ora em análise (pese embora numa pronúncia contrastante com o posicionamento mais conservador sobre esta matéria em arestos pretéritos⁴²), *i.e.*, em que um concorrente não havia assegurado a duplicidade temporal da assinatura, no contexto da utilização de uma plataforma que não facultava a modalidade do carregamento progressivo dos documentos, tendo-se, por conseguinte, verificado a exclusão da sua proposta⁴³.

A convocação da teoria das formalidades não essenciais arrima-se ao princípio da primazia da materialidade subjacente, podendo justificar – mesmo que, como aqui sucede, transposta aos atos dos particulares⁴⁴ – que o formalismo inobservado não seja, *ainda assim*, conducente àquele efeito de exclusão procedimental, *caso a ratio* visada pela exigência formal preterida tenha sido alcançada por outra via (redação que se adapta do consignado na alínea b) do n.º 4 do art. 163.º do Código do Procedimento Administrativo). Numa palavra: face à formalidade incumprida se ter degradado, àquela luz, numa formalidade não essencial (como tal, insuscetível de conduzir à aludida exclusão)⁴⁵.

E foi, portanto, sob essa égide que o STA veiculou recentemente o entendimento de que a assinatura eletrónica qualificada aposta *no momento* da submissão da proposta na plataforma *já* se afigura apta a asseverar a observância de todos os interesses legais que atinem à segurança e à certeza procedimentais, incluindo, além da titularidade e do assentimento do signatário, o de que o conteúdo declaratório não foi objeto de alterações após a assinatura. Assim, ainda que preterida a exigência formal quanto à aposição de assinatura individualizada antes do carregamento na plataforma, essa sempre se degradaria numa formalidade não essencial e que não poderia conduzir à exclusão da proposta, em virtude de, no vertente estado

42 V., entre outros, Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 08.03.2012, Proc. 01056/11, ou de 03.12.2015, Proc. 01028/15.

43 V. Acórdão do STA de 06.12.2018, Proc. 0278/17.0BECTB.

44 V. Oliveira, Rodrigo Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública”, in Gonçalves, Pedro (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, p. 110.

45 Sobre este assunto, v. Correia, Sérvulo, “O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento e, em Especial, na Formação da Decisão Administrativa”, in *Cadernos de Ciência e Legislação*, n.ºs 9/10, 1994, p. 142.

da arte, todos os interesses legais se revelarem adequadamente tutelados por intermédio da via primeiramente enunciada (*i.e.*, a assinatura aquando da submissão). Note-se que até as suspeitas que poderiam premer no atinente à eventual alterabilidade dos documentos (suscitadas naquele âmbito controvertido) são facilmente debeladas, visto que, como bem frisou o Tribunal, «há sempre a possibilidade de aferir se uma cópia electrónica que tenha sido extraída da plataforma corresponde ao documento original que foi submetido pelo concorrente. Assim, ainda que fosse possível extrair dos ficheiros carregados na plataforma cópias eletrónicas, sempre a plataforma permitiria averiguar a inexactidão dessa cópia relativamente ao original», o que, aliás, se coaduna com o disposto no n.º 2 do art. 31.º da Lei n.º 96/2015.

Esta deveria, porém, traduzir-se numa oportunidade para alterar a lei, ao invés de se privilegiar uma “brecha paliativa” tendente a puerilizar o recurso à teoria das formalidades não essenciais – que não é, em si, isenta de *riscos*, os quais podem ser, desde logo, colocados no plano da garantia do tratamento igualitário dos agentes económicos nos procedimentos pré-contratuais⁴⁶. Tal alteração passaria, na senda do recorrido, por eliminar um formalismo que se evidencia como despiciendo e porventura nocivo, passando, em todos os casos, a ser *apenas* exigível a aposição da assinatura eletrónica qualificada *no momento* da submissão na plataforma⁴⁷. Enfim, como paradigmaticamente se intui, *at the end of the day*, ainda existe caminho a percorrer para que a contratação pública eletrónica complete os seus propósitos.

3. Nota conclusiva

A contratação pública é hodiernamente tributária de vetores colaborativos, no ordenamento jurídico português, os quais, pese embora repercutidos sem absoluta linearidade, não deixam de sugerir auspiciosos contributos teóricos em prol de um modelo aquisitivo mais eficiente e sustentável; um modelo que se pretende apto a canalizar sinergias e ganhos de escala conducentes à gestão mais concertada dos recursos, sob a tessitura das oportunidades adicionalmente oferecidas pelas plataformas eletrónicas. Em rigor, cumpre dizer que, descurado o contributo das plataformas colaborativas,

46 Assim, Almeida, João Amaral/Fernández Sánchez, Pedro, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, ebook, 2016, p. 48; Fernández Sánchez, Pedro, *Direito da Contratação Pública*, *op. cit.*, p. 161.

47 V. SOUSA, Luís Verde de, “A assinatura eletrónica das propostas: alguns problemas criados ou não resolvidos pela Lei n.º 96/2015”, in Gonçalves, Pedro Costa (dir.), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 24, 2020, p. 102.

todos os demais propósitos escalpelizados neste estudo – tão indispensáveis à sustentabilidade do modelo aquisitivo que se pretende – se veriam, em larga medida, dificultados. Numa palavra, aquelas consubstanciam um arrimo materialmente inolvidável à otimização das sinergias aquisitivas, que, assim, logram avançar e “ver a luz do dia” com mais facilidade.

Por tudo, não resta a menor dúvida de que, *a priori*, pode ser auscultado um profícuo cruzamento entre, por um lado, os propósitos que regem a economia colaborativa, e, por outro lado, os valores e os princípios que norteiam a atividade contratual da Administração Pública em Portugal. Trata-se de uma aliança dogmática com frutos indiscutíveis e a que urge dar respaldo.

Todavia, este é um caminho que se adivinha intrincado, escrutinadas algumas opções questionáveis da lei portuguesa para consolidar tais intentos. Com efeito, em alguma medida, *são aferidas* soluções legislativas incipientes, *são aferidas* possíveis rotas de colisão com a disciplina europeia e *são aferidas* prescrições “autodestrutivas” (que, em última instância, podem comprometer, paradoxalmente, a *ratio* da aplicação dos princípios da economia colaborativa à contratação pública). Por tudo, bem andarà o legislador se lograr amainar os ventos que doutrinária e jurisprudencialmente *já* se denunciam agrestes a este estado da arte e, *acima de tudo*, se criar mais e melhores condições para uma *contratação pública colaborativa* efetivamente ao serviço do bem comum.

Referências

Alfonso Sánchez, Rosalía/Burillo Sánchez, Francisco, “La economía llamada colaborativa”, in Alfonso Sánchez, Rosalía & Valero Torrijos, Juan (dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

Almeida, João Amaral/Fernández Sánchez, Pedro, *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos, ebook*, 2016.

Amado Gomes, Carla/Caldeira, Marco, “Contratação pública «verde»: uma evolução (eco)lógica”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2019.

Amaral, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2016.

Caldeira, Marco, “Das preferências «locais» na revisão do Código dos Contratos Públicos: são os «santos da casa» que fazem «milagres?»”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 10, 2021.

Carvalho, Raquel, “Consultas preliminares ao mercado”, in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2019.

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, COM(2016) 356 final, Bruxelas, 02.06.2016.

_____, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa*, Estrasburgo, 03.10.2017, COM(2017) 572 final.

_____, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Um Novo Plano de Ação para a Economia Circular Para uma Europa mais limpa e competitiva*, COM(2020) 98 final, Bruxelas, 11.03.2020.

Correia, Sérvulo, “O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento e, em Especial, na Formação da Decisão Administrativa”, in *Cadernos de Ciência e Legislação*, n.º 9/10, 1994.

Estorninho, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, 2012.

Fernández Sánchez, Pedro, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, AAFDL Editora, 2020.

_____, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2021

Fonseca, Isabel Celeste, “A Proposta de Lei n.º 41/XIV: Notas sobre uma (desconcertante) reforma do direito da contratação pública”, in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020.

Fonseca, Isabel Celeste/Carneiro, Ana Rita/Barros, Rita, "Diretivas Contratos Públicos 2014 e (Dificuldades na Definição de um Novo Conceito de) Proposta Economicamente Mais Vantajosa: Desejando um Regulamento Contratos Públicos", in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020.

Fonseca, Isabel Celeste/Machado, Carla/Santos, Luciana Sousa, "Parcerias para a inovação e a antecipação do futuro: breve ensaio", in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020.

Fonseca, Isabel Celeste/Silva, João Amadeu Araújo da, "As regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020)", in Fonseca, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, 2020.

Gonçalves, Pedro Costa, "Eficiência e transparência na contratação pública: a contratação pública eletrónica", in Vieira de Andrade, José Carlos & Silva, Suzana Tavares da (coords.), *As reformas do sector público: perspetiva ibérica no contexto pós-crise*, Imprensa Universidade de Coimbra, 2017.

_____, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2018.

_____, "Smart cities e contratação pública", in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, Vol. 22, Issue 1, 2021.

Helms, B., "La Economía Colaborativa y su capacidad para transformar el desarrollo en América Latina", in *Economía colaborativa en América Latina*, IE Business School, 2016.

Hatzopoulos, Vassilis, *The Collaborative Economy and EU Law*, Bloomsbury, 2018.

Jones, Mervyn/Sohn, Iben Kinch/Bendsen, Anne-Mette Blysemose, *Circular Procurement: Best Practice Report*, Regional Networks for Sustainable Procurement, ICLEI, 2017.

Matos, Sara Augusto de/Azevedo, Pedro Santos, "Breves considerações sobre a assinatura eletrónica na contratação pública", in Gonçalves, Pedro Costa (dir.), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 15, Almedina, 2014.

Möhlmann, M., "Collaborative consumption: determinants of satisfaction and the likelihood of using a sharing economy option again", in *Journal of Consumer Behaviour*, 14(3), 2015.

Oliveira, Mário Esteves de, "Agrupamentos de Entidades Adjudicantes e de Candidatos e Concorrentes em Procedimentos de Contratação Pública", in Gonçalves, Pedro Costa (org.), *Estudos de Contratação Pública II*, Coimbra Editora, 2010.

Oliveira, Rodrigo Esteves de, "Os princípios gerais da contratação pública", in Gonçalves, Pedro (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008.

Plaza Angulo, Juan José/Patiño Rodríguez, David/Gómez-Álvarez Díaz, Rosario, "Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataformas y liberalismo económico", in Todoli Signes, Adrián & Hernández Bejarano, Macarena (dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018

Pires, Miguel Lucas, "Acordos-quadro", in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2019.

Rodrigues, Nuno Cunha, "A utilização de critérios sociais no Código dos Contratos Públicos", in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2019.

Sousa, Luís Verde de, "Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas", in Amado Gomes, Carla/Pedro, Ricardo/Serrão, Tiago/Caldeira, Marco (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2019.

____, "A assinatura eletrónica das propostas: alguns problemas criados ou não resolvidos pela Lei n.º 96/2015", in Gonçalves, Pedro Costa (dir.), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 24, 2020.

União Europeia, Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2014/18/CE.

____, Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

Valcárcel Fernández, Patricia, "The Relevance of Promoting Collaborative and Joint Cross Border Procurement for Buying Innovative Solutions" in Racca, Gabriella M. & Yukins, Cristopher R. (eds.), *Joint Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruylant, 2019.

Viana, Cláudia, "Contratación pública electrónica: la experiencia portuguesa", in Gimeno Feliú, José María (dir.) & Bernal Blay, Miguel Ángel (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Thomas Reuteurs Aranzadi, 2014.