



Centro de Estudos
de Direito Público e Regulação

Estudos de Contratação Pública – I

Organização: Pedro Gonçalves

A. M. Barbosa de Melo | Cláudia Viana
Rodrigo Esteves de Oliveira | Bernardo Azevedo | Tiago Duarte
Margarida Olazabal Cabral | Ana Gouveia Martins | Mark Kirkby
Filipa Urbano Calvão | Fernanda Maças | José Eduardo Figueiredo Dias
Pedro Siza Vieira | Carla Amado Gomes | Pedro Gonçalves
João Pacheco de Amorim | Licínio Lopes Martins | Alexandra Leitão
Fernanda Paula Oliveira | Ana Raquel Moniz | Suzana Tavares da Silva
José Robin de Andrade | José F. F. Tavares



Coimbra Editora

OS PRINCÍPIOS GERAIS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA

SUMÁRIO: 1. Importância, função e elenco dos princípios da contratação pública. 2. Os princípios comunitários da contratação pública. 3. A lógica dos princípios jurídicos (e das regras). 4. O princípio da concorrência. 4.1. O princípio da comparabilidade das propostas. 4.1.1. As medidas destinadas a assegurar a comparabilidade das propostas. 4.2. O princípio da intangibilidade das propostas. 4.2.1. Alguns desvios. 4.3. O princípio da estabilidade das regras do procedimento (ou da estabilidade objectiva). 4.4. O princípio da estabilidade dos concorrentes e dos candidatos (ou da estabilidade subjectiva). 5. O princípio da igualdade. 6. O princípio da imparcialidade. 7. O princípio da transparência. 8. O princípio da publicidade. 9. O princípio da proporcionalidade. 10. O princípio da tipicidade dos procedimentos e da adequação formal da tramitação. 10.1. A admissibilidade da irrelevância dos vícios procedimentais. 11. O princípio do "favor" do procedimento, dos concorrentes e das propostas.

1. IMPORTÂNCIA, FUNÇÃO E ELENCO DOS PRINCÍPIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Apesar da regulação mais extensa constante das leis internas (sobretudo do Código dos Contratos Públicos) e das directivas comunitárias, os princípios jurídicos sempre foram e vão continuar a ser uma *fonte de direito fundamental no sistema da contratação pública*. Aliás, não arriscaríamos muito se disséssemos que a contratação pública é certamente uma das matérias em que mais se sente a importância concreta ou prática dos princípios jurídicos, bastando referir para o efeito os inúmeros "casos" decididos pelas entidades adjudicantes e, em última instância, pelos nossos

tribunais com fundamento directo e autónomo numa norma deles retirada ou neles implícita, sem esquecer também a jurisprudência comunitária, que tantas e tantas vezes se faz eco dos princípios da contratação pública (ver ponto 2).

Essenciais para a criação de um mercado são de contratação pública, o relevo dos princípios assume ou pode assumir diferentes configurações, que eles não operam ou funcionam sempre da mesma maneira. Essas suas *diferentes projecções no domínio da contratação pública* (nos outros domínios passa-se o mesmo, naturalmente) podem distinguir-se metodicamente recorrendo às ideias de “função positiva” e de “função negativa”. No primeiro caso, o princípio contribui positivamente para a regulação de uma qualquer hipótese da vida, para a elaboração da “norma-do-caso”, seja em concurso com uma regra escrita, seja autonomamente. No segundo caso, o princípio contribui negativamente, é dizer, o seu efeito é o de afastar a aplicação de uma determinada regra escrita que lhe esteja infra-ordenada e que com ele seja desconforme ou incompatível (“sinal vermelho”: a norma ou regra escrita não passa). O que acontece depois, nesta última hipótese, depende do caso, podendo o afastamento da regra escrita dar origem à convocação e extensão analógica de uma outra regra, que exista, ou então o princípio, que num primeiro momento assumiu relevo paramétrico negativo (ou excludente), vai, num segundo momento, isolada ou contextualmente, ter uma função positiva, de regulação autónoma do caso. Naturalmente, a função negativa dos princípios resulta da (e pressupõe a) sua força paramétrica relativamente à fonte de direito escrito em causa.

Por sua vez, aquilo a que chamámos função positiva pode, como se viu, assumir contornos muito distintos, dependendo, desde logo, de haver ou não regra escrita aplicável e da natureza dessa regra. Assim, se estiver em causa uma norma atributiva de poder descricionário ou cuja aplicação envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, os princípios da contratação pública assumirão uma *função integrativa*, contribuindo para a densificação dos espaços normativos em aberto e para a “construção” ou definição do critério normativo aplicável à hipótese em apreço.

No entanto, o relevo “positivo” dos princípios não desaparece se estiver em causa uma regra de conduta vinculada. Abstraindo da sua função negativa, o que se passa nessa hipótese é que os princípios se constituem como *factor de interpretação* das regras constantes das directivas comunitárias ou das leis internas, como tópicos de determinação do seu sentido e alcance das normas escritas, impondo, por exemplo, uma interpretação mais extensiva ou mais restritiva ou vedando uma coisa ou outra. Esta função dos princípios é aliás expressamente reconhecida na Directiva 2004/18/CE, no seu 2.º Considerando, quando — depois de afirmar, primeiro, que “a adjudicação de contratos... deve respeitar os princípios do Tratado, nomeadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, assim como os princípios deles resultantes, tais como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência” e, segundo, que, “no que se refere aos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, é aconselhável estabelecer disposições que instituem uma coordenação comunitária dos procedimentos nacionais para a adjudicação dos contratos públicos que se baseiem nesses princípios por forma a garantir os seus efeitos e a abertura à concorrência dos contratos públicos”, — se diz aí que “*tais disposições de coordenação devem ser interpretadas em conformidade com as regras e princípios atrás referidos, bem como com as restantes regras do Tratado*” (a mesma ideia encontra-se na Directiva 2004/17/CE, 9.º Considerando). Naturalmente, estando aqui em jogo princípios de direito comunitário e também, como veremos melhor já de seguida, princípios constitucionais da actividade administrativa, ambos prevaletentes sobre o direito interno ordinário, esta sua função vale igualmente (e ainda mais reforçadamente) quando se trate de fixar o sentido e alcance de leis (em especial, o Código dos Contratos Públicos) e regulamentos (por exemplo, os programas de concurso ou de procedimento) nacionais de contratação pública.

A terceira projecção ou “função positiva” dos princípios jurídicos é a de, na falta de uma regra que possa aplicar-se à questão em apreço — ou porque ela pura e simplesmente não

existe ou porque, existindo, foi afastada (por inconstitucionalidade ou por violação do direito comunitário, tratando-se de uma norma da lei, e ainda por ilegalidade, se se tratar de norma administrativa ou regulamentar) e não há outra que possa valer ao intérprete —, a terceira projecção, dizia-se, é a de eles fornecerem por si sós a “norma-do-caso”, a *regulação ou ordenação concreta para a hipótese que se impõe resolver*. Aqui, os princípios valem como fundamento directo e autónomo da solução jurídica que se dê ao caso concreto da contratação pública, sendo esta a situação em que se manifesta de forma mais clara a sua natureza normativa (de “princípios-norma”).

Isto significa, portanto, que além de um relevante instrumento de interpretação e integração do direito, os princípios jurídicos servem de base autónoma de deveres, direitos ou faculdades dos sujeitos dos procedimentos adjudicatórios — e significa, conseqüentemente, que, para garantir a legalidade de um procedimento pré-contratual, não basta actuar em conformidade com as regras, com a lei, mas também com os princípios da contratação pública.

Por último, aos princípios compete também uma importante *função de legitimação* (de “sanção” ou de “sinal verde”, se se quiser) das próprias regras constantes da lei ou dos regulamentos administrativos, das soluções deles constantes (a solução é intrínseca e juridicamente válida de *iure condito* na medida em que não viole um princípio supra-ordenado).

Resta dizer, embora seja uma evidência, que a função paramétrica dos princípios, além de valer para os actos administrativos ou outras medidas jurídicas adoptadas pelas entidades adjudicantes vale igualmente para os actos jurídicos dos interessados, concorrentes ou candidatos — que serão sempre ilegítimos quando violem um princípio jurídico, dependendo a sanção aplicável das circunstâncias do caso e das consequências da violação do princípio em causa.

1.1. E de que princípios se fala, quando os reportamos à contratação pública?

No domínio da contratação pública, encontramos, desde logo, *princípios gerais de direito interno e comunitário* (v. g., igual-

dade, imparcialidade, concorrência), mas também *princípios específicos da realidade comunitária* (v. g., proibição da discriminação em razão da nacionalidade e reconhecimento mútuo) e ainda *princípios específicos da realidade da contratação pública* (v. g., intangibilidade das propostas).

Assim, além do princípio da legalidade administrativa (sobretudo na sua vertente da legalidade procedimental ou princípio da formalidade), aos diversos procedimentos de adjudicação regulados pelo direito público aplicam-se os restantes princípios gerais da actividade administrativa consagrados na Constituição (artigo 266.º/2), os princípios gerais previstos do Código do Procedimento Administrativo — neste caso, mais não fosse, por força do respectivo artigo 2.º/5 —, como é o caso do princípio da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade, da transparência, da publicidade, da boa-fé, da colaboração, da participação, da decisão, da eficiência, da gratuidade, do inquisitório, da informação e do acesso à justiça, e ainda o importante princípio da tutela da confiança ou da segurança jurídica, bem como os princípios mais directamente derivados do direito comunitário, como é o caso do princípio da concorrência (que acaba por ser uma derivação específica do princípio da igualdade), da proibição de discriminação em razão da nacionalidade, do reconhecimento mútuo, etc.

Todos eles podem e devem, portanto, ser chamados à regulação de questões procedimentais adjudicatórias, pelo menos, *se e na medida em que não sejam afastados pela lei ou não sejam incompatíveis com a regulação e ordem dela constante*. Não há aqui qualquer contradição com o que se disse atrás. Os princípios jurídicos, porque são mais “porosos” ou porque são intrinsecamente conflituais (ver ponto 3), admitem, dentro de certos limites, diferentes soluções. O que se pretende dizer é que, se e na medida em que as regras escritas não violem um princípio jurídico, ou seja, se e na medida em que o legislador tenha exercido a sua liberdade de conformação dentro da margem consentida pelos parâmetros jurídicos que lhes estão supra-ordenados, então as normas legais têm preferência na regula-

ção directa do caso. O que significa, bem vistas as coisas, que os princípios são, de facto, um instrumento indispensável do trabalho do intérprete, mas apenas na medida em que não sejam afastados (ou enfraquecidos no seu alcance ou diminuídos nas suas exigências), expressa ou concludentemente, por regras legais constantes do CCP ou de outras leis procedimentais (desde que tais regras sejam legítimas).

Julgamos assim dever evitar-se — e este é um ponto especialmente importante, considerando a entrada em vigor do CCP e as novas soluções que ele traz — que ideias formadas com base em concepções abstractas ou apriorísticas dos princípios da contratação pública prevaleçam sobre a ordenação legal, ou seja, sobre as regras legítimas postas pelo legislador para a disciplina dos procedimentos adjudicatórios de direito público.

Em suma, e em termos lógicos, há que ver, primeiro se há regra escrita. Se não houver (e se se tratar de uma verdadeira lacuna e não de um “silêncio eloquente”), há que recorrer aos princípios, eventualmente, com as modulações que sejam pedidas pelo sistema interno da contratação pública (como pode suceder quando não esteja em causa um princípio típico da contratação pública). Se houver regra escrita, há que proceder ao teste da sua legitimidade em face dos princípios jurídicos prevalentes. Se a regra não for ilegítima à luz do “bloco dos princípios”, é ela que se aplica, com a eventual colaboração dos princípios na tarefa da sua densificação ou interpretação. Se for ilegítima, ou há uma regra que discipline caso análogo ou, então sim, recorre-se à força ou efeito dispositivo dos princípios.

No entanto, como se sabe, em matéria de contratação pública, há um leque de princípios estruturantes, uma lista de princípios que têm uma posição ou função qualificada nos procedimentos administrativos de adjudicação. São os *princípios fundamentais da contratação pública*. Sucede assim com os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência (artigo 1.º/4 do CCP) — nas directivas faz-se também referência expressa aos princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência (artigo 2.º da Directiva 2004/18/CE e artigo 10.º da Directiva 2004/18/CE) —,

mas também certamente com o princípio da imparcialidade e da tutela da confiança (e aconteceria também com o da publicidade, se não estivesse já implícito no princípio da transparência). É neles, e na sua observância estrita pelas entidades adjudicantes, que assenta o "bom nome" do mercado da contratação pública, em termos tais que quebrar aqui as suas exigências é, afinal, pôr em causa a *função*, a *confiança* e o *crédito* do público no funcionamento desse mercado.

Esses princípios, note-se, não afastam a valia dos demais, que acima referimos, nem sequer são suficientes para resolver todas as hipóteses de contratação pública que se suscitam, mas a verdade é que, por tutelarem valores e interesses fundamentais dos procedimentos adjudicatórios e dada a sua essencialidade na estrutura e função de tais procedimentos, são eles os juridicamente determinantes na relação que se estabelece entre entidade adjudicante e os interessados (entre os quais, os concorrentes e candidatos). São princípios que devem ser vistos como verdadeiras condicionantes jurídicas das decisões que aí se tomem, reconhecendo-se-lhes uma força qualificada no confronto com outros princípios, sobre os quais, em caso de conflito, não-de prevalecer ⁽¹⁾. As entidades adjudicantes estão portanto vinculadas, em cada procedimento ou concurso que se lançar, a observar inderrogavelmente esses princípios.

(1) Não se trata, note-se, de uma hipótese de preferência puramente abstracta por um ou outro princípio, mas apenas de reconhecer que uns, por servirem interesses fundamentais da concorrência ou dos procedimentos adjudicatórios, se colocam aí numa posição "reforçada", não permitindo, em caso de lesão séria dos bens que têm em vista tutelar, limitações impostas por outros princípios que com eles colidam. Trata-se apenas de reconhecer, portanto, que certos princípios, quando inseridos num ambiente concorrencial, ganham uma importância que em "lugares" diversos até pode não lhes ser atribuída, enquanto que outros princípios perdem aí parte do "fulgor" que lhes é reconhecido em geral ou noutros procedimentos (esta "variação" da força dos princípios consoante o lugar onde operem é assinalada, por exemplo, por Claus Wilhelm Canaris, em *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 1989, FCG, pág. 95).

Ao invés do que sucede com estes princípios, outros não respeitam a valores e interesses fundamentais destes procedimentos e, por isso, o seu campo de aplicação restringe-se a hipóteses especiais juridicamente delimitadas. Trata-se agora de princípios que — ou porque cedem perante outros que, no caso concreto, têm especial valor, ou porque a relativa inatendibilidade a que estão votados em matéria de procedimentos adjudicatórios constitui um seu limite imanente, ou, ainda, porque se mostram inconciliáveis com o “sistema” normativamente plasmado nos diplomas legais — vêm encolher o âmbito de “validade” que em regra lhes está destinado (quando não são simplesmente desconsiderados), para dar lugar à plena ou prevalecente aplicação dos princípios fundamentais ou qualificados.

1.2. Para terminar, três breves notas.

A primeira, para assinalar que o legislador do CCP — apesar de ter reconhecido no preâmbulo do DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que “os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da proporcionalidade, da transparência; da publicidade e da boa fé [são] parâmetros que reconhecidamente dominam as tramitações procedimentais pré-contratuais” — optou depois, no artigo 1.º/4, por dizer apenas que à “contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”, norma que, como é evidente, não afasta a relevância dos demais e cuja justificação se encontra no facto de serem aqueles os constantes das directivas comunitárias (por nós, só peca talvez a falta de referência ao princípio da imparcialidade). Esta opção do legislador não nos merece reparo, e é eventualmente uma consequência da maior e mais pormenorizada regulação legal que se encontra hoje no CCP (e daí a menor preocupação em fazer ressaltar a força autónoma dos princípios) contrastando assim com a opção do antigo DL n.º 197/99 (de 8 de Junho), em cujos artigos 7.º a 15.º podia encontrar-se o enunciado e a definição do conteúdo essencial dos princípios da transparência e da publicidade, da legalidade e da prossecução do interesse público, da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa fé, da estabilidade e da responsabilidade.

A segunda nota serve para dizer que o CCP faz, aqui ou ali, referência avulsa a outros "blocos de princípios", como sucede i) no artigo 5.º/4, alínea a), onde se prevê que, "sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 11.º, a parte II do presente Código não é igualmente aplicável à formação dos ... contratos que devam ser celebrados com uma entidade, que seja ela própria uma entidade adjudicante, em virtude de esta beneficiar de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, desde que a atribuição desse direito exclusivo seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis", ii) no artigo 5.º/6, onde se dispõe que à formação de determinados contratos excluídas da parte II são porém aplicáveis os *princípios gerais da actividade administrativa* e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo, iii) e no artigo 277.º, a propósito dos contratos a celebrar por entidades beneficiárias de direitos especiais ou exclusivos no exercício de actividades de serviço público, onde se diz que "na formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis por entidades não referidas no artigo 2.º ou no n.º 1 do artigo 7.º às quais tenham sido atribuídos direitos especiais ou exclusivos no exercício de actividades de serviço público por uma das entidades adjudicantes neles referidas, devem aquelas respeitar o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade".

A terceira nota, para referir que lidamos (e vamos lidar aqui) apenas com os *princípios da contratação pública*, é dizer, com os princípios dos procedimentos de adjudicação, pelo menos com os mais característicos ou estruturantes, não também com os *princípios dos contratos administrativos* ou dos contratos públicos, que é matéria muito distinta daquela.

2. OS PRINCÍPIOS COMUNITÁRIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Como dissemos atrás, quando se fala dos princípios fundamentais dos procedimentos de adjudicação, não pode esquecer-se que muitos deles, encontrando-se consagrados em texto

de direito interno, têm também origem e força comunitária, é dizer, derivam do Tratado, das suas liberdades fundamentais ou das directivas, e resultam igualmente do labor “pretoriano” do TJ, que, numa jurisprudência rica e relativamente estável, tem vindo a definir ou estabelecer qual o seu sentido e alcance no mercado da contratação pública.

Começando por se fundar, directa ou indirectamente, ora nas liberdades de circulação de mercadorias, de circulação de pessoas e de prestação de serviços, ora na função e objectivos comunitários da contratação pública, ora ainda na regulação constante das várias directivas adoptadas ao longo dos tempos, o TJ — a maior parte das vezes no âmbito de processos de reenvio prejudicial — ajudou a construir de facto um sistema coerente e organizado de princípios, que serve actualmente de fundamento autónomo das suas decisões, como é o caso dos princípios da igualdade e concorrência, da não discriminação em razão da nacionalidade, da transparência, publicidade e imparcialidade, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da protecção ou tutela jurisdiccional efectiva.

A existência de um *corpo de princípios comunitários da contratação pública* tem, entre outras, duas consequências: em primeiro lugar, a densificação e aplicação dos princípios dos procedimentos de adjudicação pelas entidades (administrativas e judiciais) nacionais não deve limitar-se a uma leitura interna, segundo a lei, a doutrina e a jurisprudência “domésticas”, digamos assim, mas deve tomar também em consideração o sentido e alcance que esses princípios têm recebido na jurisprudência comunitária, seja por força do primado do direito comunitário, seja porque é com esse sentido e alcance que o TJ decidirá a questão controvertida, se ela for levada ao seu julgamento, designadamente através do reenvio prejudicial. A segunda consequência, que é derivada dessa, é a da permanente importância e relevo jurídico dos princípios comunitários, que, apesar da transposição das directivas, é dizer, apesar do CCP, constituem um parâmetro de validade das leis internas e suas opções, circunstância que às vezes quase transforma as entidades adjudicantes e as empresas em “fiscalizadoras” da regularidade do direito nacional face ao

direito comunitário, em hipóteses de delicada solução (sobretudo à luz do princípio da legalidade e do princípio da tutela da confiança ou da segurança jurídica).

2.1. Um outro dado fundamental nesta matéria é o de que o relevo dos princípios comunitários não se esgota no estrito domínio dos procedimentos ou contratos públicos sujeitos (pelo seu valor ou pelo seu objecto) ao regime das Directivas 17/2004 e 18/2004.

Pelo contrário, existem variadíssimos actos de *soft law* comunitária sobre a operatividade e aplicabilidade de tais princípios em matéria de adjudicação de contratos não abrangidos pelas referidas directivas, como é o caso (por ordem cronológica) da “Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário” (JO, 29.4.2000), do “Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões” (COM, 30.4.2004), da “Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas” (JO, 12.4.2008) e da “Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos” (JO, 1.8.2006, C 179/2) — *soft law*, assinale-se, que, carecendo, por natureza, de efeitos juridicamente vinculativos, tem evidentes efeitos práticos (por dar a conhecer qual é o entendimento da Comissão sobre o direito comunitário) e se baseia, na maior parte dos casos, no “estado da arte” da jurisprudência comunitária.

Há, de facto, relevantíssima jurisprudência comunitária a afirmar o mesmo, ou seja, que, apesar de as directivas não se aplicarem a contratos cujo objecto não se subsuma no respectivo âmbito objectivo de aplicação ou cujo valor não ultrapasse o limiar previsto em cada uma delas (TJ, Comissão/Itália, de 21.2.2008), valem porém para tais contratos as normas do Tratado (sobretudo, o regime da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços) e os princípios fundamentais da contratação pública (TJ, Teleaustria, de 7.12.2000), pelo menos se eles (contratos) tiverem um “interesse transfronteiriço certo” (TJ, Comis-

são/Irlanda, de 13.11.2007), ou seja, se tiverem características tais (em função do valor estimado, da localização, da tecnicidade, etc.) que os tornem propícios a despertar o interesse de operadores estrangeiros.

Assim, por exemplo, no conhecido acórdão *Teleaustria*, em que estava em causa um contrato excluído do regime das directivas (trata-se de um contrato de concessão de serviço público entre uma sociedade de capitais exclusivamente públicos e uma empresa privada), o TJ entendeu que das regras do Tratado e dos princípios da não discriminação e da igualdade resultava uma “obrigação de transparência” para as entidades adjudicantes, em termos tais que permitisse assegurar, “a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação”. Esta jurisprudência foi depois confirmada em outras decisões, como no caso *Coname* (de 21.7.2005, novamente uma concessão de serviço), no qual o TJ voltou a afirmar que, por força da obrigação de transparência, as entidades adjudicantes devem “permitir que uma empresa situada no território de um Estado-membro diferente... tenha acesso às informações adequadas à concessão antes de esta ser adjudicada de forma a que, se essa empresa o desejar, possa manifestar o seu interesse na obtenção dessa concessão”.

E note-se que esta jurisprudência do TJ não respeita apenas ao momento decisivo da abertura à concorrência dos contratos não abrangidos (pelo seu objecto ou valor), mas estende-se também ao próprio regime dos procedimentos que se lancem para a adjudicação desses contratos. Por exemplo, no recente acórdão *Secap* (de 15.5.2008), o TJ considerou que era incompatível com os princípios comunitários uma legislação que previa a rejeição automática de propostas de preço anormalmente baixo com base em critérios matemáticos, apesar de o contrato em causa não estar sujeito às directivas.

Pensamos, no entanto, que esta posição do TJ e da Comissão Europeia sobre a aplicação dos princípios comunitários da concorrência, da igualdade e da transparência aos contratos excluídos do âmbito das directivas (sobretudo em função do

valor), nos termos em que tem vindo a ser entendida, devia ser repensada, designadamente, pela insegurança jurídica que provoca nas entidades adjudicantes (assim, Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, 2005, p. 197). Por nós, compreende-se e aceita-se a posição teórica, mas a sua aplicação prática pelo TJ devia estar reservada apenas para os casos mais flagrantes e ostensivos de violação dos ditos princípios.

3. A LÓGICA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS (E DAS REGRAS)

Ainda nesta parte introdutória, parece-nos importante fazer uma breve referência à lógica dos princípios jurídicos. Com efeito, apesar de os princípios e as regras serem normas jurídicas, são porém normas qualitativamente distintas, que não funcionam da mesma forma, e conhecer isso é fundamental para o intérprete saber servir-se de uns e de outras.

Assim, enquanto princípios normativos, os diferentes princípios relevantes em matéria de contratação pública constituem, claro, um tópico de argumentação ou ponderação jurídica nas diferentes hipóteses em que se suscite um problema situado no seu domínio de operatividade, devendo ser necessariamente chamados à colação — isolada ou contextualizadamente, tudo depende — sempre que se trate de aferir da legitimidade, da admissibilidade ou da regulação concreta a dar a uma certa questão.

Em alguns casos, quando a hipótese a resolver se situe em “zona radical vermelha” ou em “zona radical verde”, digamos assim, o problema é simples e o princípio jurídico, apesar da sua “porosidade genética”, é capaz de fornecer quase automaticamente a solução (a pretensão, no primeiro caso, é proibida, no segundo caso, permitida ou legítima). Mas isso nem sempre acontece, pois, como se sabe, a maior parte das hipóteses situa-se em zonas de maior incerteza (em “zonas cinzentas”) e que suscitam dúvidas fundadas ou ponderosas. Não pode com efeito esquecer-se que, como princípios que são, eles não obedecem — como as regras jurídicas obedecem — à “lógica do tudo ou nada” (*applicable in all-or-nothing fashion*), não encerram (ou

podem não encerrar) um comando jurídico abstracto de «sim ou não», sobre se uma determinada conduta ou pretensão é ou não juridicamente admitida ou legítima. Os princípios configuram “normas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos”, enquanto “as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência” (Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 2003, pág. 1161). Por outras palavras, os princípios constituem normas que “apenas indicam um sentido de regulação” (David Duarte, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, 2006, pág. 129), cujo relevo para o caso (para a norma-do-caso) só se alcança depois de se saber qual é o seu verdadeiro peso e valia na hipótese concreta dada, além de que, como é natural a colisão entre princípios, sucede muitas vezes que o objectivo a que um dado princípio ia votado (a tal solução que dele decorreria *prima facie*) tenha de ser confrontada, ponderada e eventualmente harmonizada com outros princípios jurídicos pertinentes concretamente aplicáveis e valorizáveis. Em suma, a “convivência dos princípios é conflitual, a convivência das regras é antinómica: conflito os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se” (Gomes Canotilho, *Direito*, 2003, pág. 1161).

Assim, o princípio da estabilidade das regras do procedimento, por exemplo, não determina que todas as alterações aos documentos normativos do procedimento sejam ilegais. Sendo claramente um princípio pertinente para regular essas questões, e podendo até implicar a sua inadmissibilidade *de princípio*, a sua efectiva contribuição para a elaboração da “norma-do-caso” está sempre dependente da situação concreta, podendo acontecer que o caso não contenda afinal com os valores ou interesses a cuja tutela esse princípio vai votado ou podendo também acontecer que existam outros princípios ou valores que, na hipótese em apreço, se revistam de maior dignidade ou peçam uma solução harmonizadora.

Por outro lado, há também que distinguir entre pertinência, perturbação não invalidante e violação dos princípios. Para um princípio ser *pertinente*, basta que, além de “válido” no contexto jurídico em causa, haja uma qualquer hipótese em

que se suscite uma questão situada no seu domínio de operatividade. Se essa hipótese colocar algumas interrogações sobre se terão sido cumpridas de forma absolutamente escrupulosa todas as derivações e deduções imputáveis ao princípio em causa, pode falar-se numa situação de desassossego ou *perturbação* sua. Mas isso não significa necessariamente que haja aí uma violação desse princípio ou, o que é o mesmo, que haja aí uma ilegalidade invalidante. É que, sendo os princípios normas abertas, carentes de um preenchimento valorativo e de conteúdo jurídico tendencialmente poroso, as suas prescrições não são aptas a um mero processo de subsunção, como sucede em muitas regras escritas. Se se preferir, pode dizer-se que, enquanto a violação de uma regra por um acto administrativo é sobretudo uma questão de qualidade (ou viola ou não viola), a violação de um princípio é sobretudo uma *questão de grau ou de medida*, a aferir, numa escala gradativa, em função do (maior ou menor) carácter intrusivo da lesão concreta provocada e do valor ou bem concretamente lesado. Assim, para que possa (e deva) afirmar-se a *violação* de um princípio jurídico é necessário que a hipótese, por uma qualquer perspectiva relevante do ponto de vista da função e lógica da contratação pública, implique ou constitua uma lesão séria e efectiva dos interesses e valores a cuja tutela ele vai votado neste domínio.

4. O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA

Apesar de as Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, ao contrário do que sucede com a igualdade de tratamento e com a transparência, não assumirem expressamente como um princípio da contratação pública, são muitos os considerandos desses diplomas comunitários (e artigos também) em que se faz referência ao facto de a *concorrência efectiva* ser um objectivo da contratação pública, em geral, e dos procedimentos adjudicatórios, em especial, impondo condutas e proibindo outras, em termos tais que se afigura adequado encará-la ou qualificá-la como um verdadeiro princípio, e fundamental, como de resto fez o nosso legislador no artigo 1.º/4 do CCP.