

Princípios gerais da contratação pública electrónica

General principles of electronic public procurement

Duarte Amorim Pereira

Advogado; Mestre em Direito (FDUC); Doutorando em Direito (FDUCM)

Outubro 2013

RESUMO: É comum a alusão nos dias de hoje a uma “era digital”, de vivência numa “sociedade da informação e da comunicação” ou de apogeu das IT (*information technologies*), tal é a crescente importância que o fenómeno da evolução tecnológica têm vindo a assumir no dia a dia da vida das pessoas.

A progressiva afirmação deste “mundo virtual” – concretizando a “aldeia global” de MCLUHAN –, sobretudo a partir da década de 50 do século XX, ficou a dever-se em larga medida ao avanço e aperfeiçoamento das novas tecnologias como é o caso da Internet.

A necessidade de regulação jurídica do “ciberespaço” tornou-se assim premente, com relativa naturalidade, com a implementação da Internet e com o aumento explosivo do seu número de utilizadores, em particular nas últimas três décadas – estima-se que, em 2012, sejam mais de um bilião em todo o mundo – conduzindo, conseqüentemente, à expansão correspondente do catálogo de direitos e deveres e de acções e omissões carecidas de tutela jurídica adequada.

A administração pública defronta-se igualmente na actualidade com este “direito electrónico” pujante e inovador, quer no que respeita à sua actuação unilateral, quer no que concerne à actividade contratual pública.

O presente trabalho visa, deste modo, proceder ao enquadramento da dita contratação pública electrónica e à depuração dos princípios gerais que devem nortear a sua realização, entendida esta como a contratação pública realizada, total ou parcialmente, com recurso a tecnologias de informação e comunicação.

PALAVRAS-CHAVE: Ciberespaço; regulação; internet; contratação pública electrónica; direito das tecnologias da informação; princípios gerais.

ABSTRACT: The standing up of this “virtual world” – the twenty-first century “global village” as MCLUHAN put it –, beginning in the fifties of the twentieth century, is generally attributed to the advanced new technologies such as the Internet.

The need for regulation of “cyberspace” has thus become pressing as the number of Internet users worldwide keeps increasing impressively, especially over the last three decades – is it estimated that, in 2012, there will be over one billion of them – and, therefore, it faces the corresponding expansion of their rights and duties and of the actions and omissions in need of a legally relevant and adequate protection.

Public administration also devotes its compliance to this thriving “electronic law”, whether concerning its public unilateral or bilateral forms of public action.

This study intends to provide the general legal framework of this electronic public procurement and to set out the general principles that should guide its development and

application, conceiving the former as any public procurement that involves direct or indirect use of information and/or communication technologies.

KEY WORDS: cyberspace, regulation, internet, electronic public procurement, information technology law, general principles of law.

SUMÁRIO*:

1. A afirmação progressiva dos princípios gerais da contratação pública electrónica

1.1. Contributos do Direito Internacional

a) O papel do GATT e da Organização Mundial de Comércio

b) A Convenção das Nações Unidas sobre Contratação Electrónica

1.2. O impulso normativo do Direito Comunitário

2. Os princípios gerais da contratação pública electrónica

2.1. Princípio da publicidade

2.2. Princípio da transparência

2.3. Princípio da equivalência

2.4. Princípio da liberdade de forma

2.5. Princípio da não discriminação

2.6. Princípio da eficiência

2.7. Princípio da segurança e da confidencialidade

2.8. Princípio da interoperabilidade

Bibliografia

Jurisprudência citada

* Corresponde, com ligeiras alterações, ao estudo concluído em Abril de 2010 no âmbito da *Pós-Graduação O Novo Código dos Contratos Públicos*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto.

1. A afirmação progressiva dos princípios gerais da contratação pública electrónica

A plena consagração dos princípios gerais da contratação pública electrónica, enquanto princípios que se destinam a servir, regular ou orientar a realizada mediante a utilização de tecnologias de informação e comunicação, não prescindiu de um natural e progressivo processo de afirmação e autonomização, plasmado nos vários instrumentos normativos que em cada momento foram surgindo a este propósito em vigor.

Referimo-nos, desde logo, aos princípios nascidos na decorrência da evolução da técnica e dos processos de transmissão e comunicação por meios tecnológicos ou electrónicos e da sua influência sobre a aplicação prática do regime de contratação – como seja o caso dos princípios da *equivalência*, *não discriminação*¹, *segurança* e *confidencialidade*² ou *interoperabilidade* – mas igualmente àqueles que são há muito conhecidos e tratados no direito administrativo mas que hoje se redesenham, reconfiguram ou adquirem novo destaque perante a “revolução electrónica” impulsionada pelo advento da Internet³ – caso dos princípios da *publicidade*, da *transparência*, da *liberdade de forma*, da *eficiência*.

Por outro lado, constituem objecto da nossa análise princípios que enformam o que designamos pelo “direito global da contratação pública electrónica”, no sentido que decorrem, expressa ou implicitamente, do pensamento e da evolução normativa da

¹ Embora, como veremos, o princípio da não discriminação constitua uma refracção do princípio da igualdade – princípio geral da contratação pública (artigo 1.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos) e simultaneamente princípio geral de direito administrativo (cfr. artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo e artigo 266.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa) –, no domínio da contratação pública electrónica a não discriminação vocaciona-se para a prevenção da brecha digital e para assegurar a disponibilidade, tão generalizada quanto possível, dos meios electrónicos necessários ao acesso à contratação. A lei portuguesa erige como princípio geral da contratação pública electrónica o **princípio da não discriminação e livre acesso** (artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho), mas é defensável que já se enquadrava como princípio geral da contratação pública – sobretudo à luz do disposto no n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho – embora hoje se tenha de reconhecer que foi actualizado e renovado à medida da evolução tecnológica, resultando assim também verdadeiramente revigorado.

² A lei portuguesa consagra o **princípio da segurança e confidencialidade** como princípio específico e autónomo da contratação pública electrónica, sendo nomeadamente adequado a prevenir a violação da proibição de acesso a dados e informações constantes do processo concursal (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho). No entanto, não é seguro que se trate de um princípio geral da contratação pública electrónica uma vez que também inspira a atividade não contratual electrónica, em particular em matéria de regime de certificação de documentos electrónicos e assinatura digital, tal como entre nós previsto no Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril.

³ Se, na verdade, é certo que o “*ciberespaço*” onde flui a Internet – o termo clássico cunhado por William Gibson – foi inicialmente concebido, na esteira de John Perry Barlow, como estando dotado de uma vocação libertária ou anárquica, posteriormente a tendência veio a inverter-se, sendo cada vez maior e mais intensa hoje a aplicação de medidas de controlo dos comportamentos dos utilizadores (*cibernautas*), particularmente no domínio da protecção da propriedade intelectual, da liberdade de expressão e de informação, da intimidade da vida privada ou da protecção de dados pessoais. Estas medidas envolvem sobretudo, mas não exclusivamente, as criadas ou implementadas através do uso de software ou hardware e da respectiva linguagem de programação (código-fonte), havendo quem não hesite em afirmar que, nos tempos actuais, “*code is law*”: LAWRENCE LESSIG, *Code version 2.0*, Basic Books, 2006, p. 5. Deste modo, os princípios ultimamente referidos no texto adquirem hoje, por força da evolução e crescente generalização do uso das tecnologias de informação e comunicação, um *novo estatuto* no conjunto dos princípios gerais da contratação pública, o qual aliás reflecte uma certa contradição: se por um lado hoje se sublinha e reforça a importância de princípios como os da *publicidade* ou da *transparência*, dada a generalizada disponibilidade de informação no contexto da internet e a consequente tendência de *aproximação* dos cidadãos à administração, por outro lado exige-se-lhes uma relação aproximada com princípios como os da *não discriminação* ou da *segurança*, no sentido de que à elevação do peso daqueles princípios deve corresponder maior responsabilidade e consequentemente maior e melhor deve ser a sua aplicação prática efectiva (*enforceability*), incluindo nomeadamente mediante o recurso aos mais avançados meios electrónicos disponíveis.

comunidade de utilizadores⁴, estando em causa por conseguinte uma noção mais abrangente do que a que concerne à tradução, concretização ou classificação que os princípios podem merecer ao nível interno de cada Estado⁵.

São, ainda, *princípios gerais* do direito da contratação pública electrónica, uma vez que versam sobre um suposto ou situação de facto genérica ou abstracta neste domínio e inspiram normas-regra⁶ na regulação de situações de facto que constituem espécies ou concretizações daquele género⁷.

Não admira, por conseguinte, que uma muito relevante expressão dos princípios gerais da contratação pública electrónica tenha resultado, em grande parte, da influência das normas consagradas em matéria de contratação electrónica privada internacional, razão pela qual haverá desde já que ter em conta o enquadramento jurídico que lhe está subjacente.

1.1. Contributos do Direito Internacional

a) O papel do GATT e da Organização Mundial de Comércio

Pode afirmar-se que os verdadeiros princípios gerais subjacentes à contratação pública realizada por meios electrónicos resultam de uma evolução cuja origem reside num período histórico decisivo e muito relevante do ponto de vista do Direito da Contratação e do Direito Internacional.

⁴ Utilizadores dos meios electrónicos de contratação pública serão assim não apenas as entidades adjudicantes mas também todos os interessados, convidados, concorrentes, etc. nacionais ou internacionais, que participem activamente na própria “rede global”. Visamos, nesta perspectiva, a nomeação de princípios que se adequem ao ciberespaço e à natureza transnacional, transterritorial da contratação que nele se desenvolve. Deste ponto de vista, a contratação pública electrónica será toda ela no fim de contas *contratação pública electrónica global*, dado que se desenvolve num ambiente electrónico acessível a utilizadores de qualquer lugar ou nação do mundo. Concretizamos a doutrina do “direito global”, abordada particularmente em Espanha e em Itália: SABINO CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, 2009, Giulio Einaudi editore s.p.a., Torino; RAFAEL DOMINGO, *The New Global Law*, Cambridge University Press, 2010; MARTÍN ORTEGA CARCELÉN, *Derecho Global*, Apyo, Madrid, 2012.

⁵ Não sendo embora a classificação dos princípios adiante proposta idêntica à preconizada pelo nosso legislador (Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho), não é oposta mas sim alternativa à sustentada no presente estudo, conforme adiante se constatará. Certo é que, conforme assinalam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, os princípios de contratação pública electrónica se encontram “infra-ordenados” aos princípios procedimentais da contratação pública: Aut. Cit., *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011, p. 652. Sobre estes últimos, vide por todos RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais da contratação pública”, in *Estudos de Contratação Pública*, 1, Coimbra Editora, 2008.

⁶ É por demais conhecido o debate doutrinal a propósito do estabelecimento da dicotomia entre *princípios e regras*: cfr. sobre a matéria, ROBERT ALEXY, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Rechtstheorie*, 1, 1979, *Theorie der Juristischen Argumentation*, 1978, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997 e *El concepto y la validez del Derecho*, 2.ª Ed., Barcelona, 1997; RONALD DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, 1977, *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London, 1985; HART, *O conceito de Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 6.ª Edição, 2011, pp. 321-326; ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1974; ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, *Princípios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, 1998; Entre nós, vide JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 13.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 302 e 303; FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de introdução ao Direito*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2006, pp. 627 e ss, e DUARTE AMORIM PEREIRA, *Sobre a aplicação do princípio da boa fé no Direito Administrativo*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, pp. 6 e ss.

⁷ Neste sentido, JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO, *Los principios generales del Derecho*, Bosch, 2011, p. 160.

Cumpra recordar a propósito os acordos sobre comércio internacional celebrados com o objectivo de estabelecer uma “nova ordem” pós II Guerra Mundial, através da estabilização das transacções transfronteiriças, do combate às desigualdades entre os Estados e, conseqüentemente, da sua progressiva aproximação.

De tais acordos resultou efectivamente um importante conjunto de princípios gerais da contratação pública, para cuja concretização se veio progressivamente a reconhecer a importância do uso das tecnologias de informação e comunicação⁸.

Referimo-nos, nomeadamente, ao [Acordo sobre Aquisições Públicas alcançado sob a égide do General Agreement on Tariffs and Trade \(GATT\)](#)⁹ em 1979 e, sobretudo, ao [Tratado constitutivo da Organização Mundial de Comércio \(OMC\) de 15 de Abril de 1994](#)¹⁰ e aos seus acordos anexos, em particular o [Acordo sobre Contratos Públicos \(Agreement on Government Procurement\)](#) constante do seu Anexo 4.

Especialmente nos considerandos e no articulado deste último *Acordo sobre Contratos Públicos*, revelaram-se as tendências do futuro comércio internacional, despontando exigências tão actuais, hoje elevadas como veremos a princípios gerais da contratação pública electrónica, como as seguintes: **não discriminação**; **publicidade**; e **eficiência**.

De um lado, impunha-se a proibição de discriminação entre os Estados contratantes signatários do Acordo, bem como a obrigação de apoiar e privilegiar os Estados contratantes menos desenvolvidos, conferindo-lhes um “*tratamento especial*” com vista à promoção do seu crescimento económico; por outro lado, assumiu-se a importância da publicitação cabal e pelos meios adequados de toda a documentação e critérios inerentes aos procedimentos de contratação; por último, o *Acordo sobre Contratos Públicos* preconizou igualmente, pela primeira vez, a necessidade de tornar a contratação um procedimento célere e eficiente, prevendo-se “*tempos-limite*” para a apresentação de propostas, sem prescindir de uma “*concorrência internacional de óptima eficácia*”¹¹.

Ou seja, o acordo que deu origem à criação da Organização Mundial de Comércio e os seus vários Acordos anexos, nomeadamente o *Acordo sobre Contratos Públicos*, e já antes o *Acordo sobre Aquisições Públicas* outorgado no seio do GATT, favoreceram o nascimento de princípios gerais da contratação pública que perduraram e se consolidaram com o surgimento das novas TIC¹².

⁸ Doravante abreviadamente designadas por TIC.

⁹ O Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas foi criado em 1947 e assinado por 23 países. Foi integrado posteriormente no ordenamento jurídico comunitário em 1980 através da Decisão do Conselho n.º 80/271/CEE, de 10 de Dezembro. Comentando os aspectos essenciais do Acordo GATT, cfr. VIANA, CLÁUDIA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007, pp. 75 e ss.

¹⁰ A OMC é um organismo pluriestatal com funções de regulação do comércio internacional que conta actualmente com 153 membros, entre os quais Portugal e Espanha, que aderiram em 1 de Janeiro de 1995 (cfr. <http://www.wto.org>). Em Portugal, o instrumento de ratificação do *Acordo que Cria a Organização Mundial de Comércio* consta da Resolução da Assembleia da República n.º 75-B/94, publicada no Diário da República, I Série-A, n.º 298, de 27 de Dezembro de 2004.

¹¹ Cfr., designadamente, os Artigos III e V, XVII e XXI, do *Acordo sobre Contratos Públicos*. Os mesmos princípios são enunciados nos Artigos X, XIII e XIV, do *Acordo sobre Aquisições Públicas* do GATT.

¹² Cfr., ainda, WORLD TRADE ORGANIZATION, Special Studies n.º 2, *Electronic Commerce and the role of WTO*, 1998, disponível em <http://www.wto.org>. Sobre a evolução da contratação pública no seio da Organização

Se é certo que o aparecimento destas novas TIC remonta ao início do século XX, e que data dos anos 50 do mesmo século a primeira consagração legislativa da “actividade administrativa electrónica”¹³, pode igualmente concluir-se que certos princípios que hoje regem a utilização de TIC na actuação contratual pública, entre os quais o *princípio da não discriminação*, o *princípio da publicidade* e o *princípio da eficiência*, a que dedicaremos a nossa atenção no Capítulo seguinte, foram primeiramente consagrados no âmbito dos *supra* referidos Acordos sobre Contratos Públicos, mais decisivamente com a criação da OMC em 1994.

b) A Convenção das Nações Unidas sobre Contratação Electrónica

Em 23 de Novembro de 2005, a Assembleia Geral das Nações Unidas adoptou em Nova Iorque, através da Resolução 60/21, a “[Convenção das Nações Unidas sobre a utilização de comunicações electrónicas nos contratos internacionais](#)”¹⁴.

Sem pretender imiscuir-se na legislação de cada Estado relativa ao regime substantivo dos contratos¹⁵, a Convenção pretendeu fixar um conjunto de regras aplicáveis à contratação internacional efectuada por meios electrónicos¹⁶¹⁷.

É importante citar, desde logo, três fundamentais Considerandos subjacentes a esta Convenção:

Mundial de Comércio, cfr. ARROWSMITH, SUE, *Government Procurement in the WTO*, Kluwer Law International, 2003.

¹³ Cfr. AMORIM PEREIRA, DUARTE, *Informática, Direito e Administração*, Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Março 2009, pp. 7 e ss.

¹⁴ A Convenção surgiu na decorrência, reiterando os seus aspectos fundamentais e actualizando os seus termos, da Lei Modelo sobre Comércio Electrónico da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) de 16 de Dezembro de 1996 (Resolução 51/162 da Assembleia Geral das Nações Unidas), para a análise de cujo regime se pode consultar, *inter alia*, VIANA, CLÁUDIA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007, pp. 84 e ss.; PIZARRO, SEBASTIÃO NÓBREGA, *Comércio Electrónico, Contratos electrónicos e informáticos*, Almedina, 2005, pp. 21 e ss.; ou ORTIZ, RAFAEL ILLESCAS, *Derecho de la Contratación Electrónica*, Civitas, 2001, pp. 39 e ss.

¹⁵ Vide, v.g. artigos 7.º e 13.º da Convenção.

¹⁶ Uma análise exaustiva desta Convenção pode encontrar-se em PARRA, AGUSTÍN MADRID “El Convenio de Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica”, in PARRA, AGUSTÍN MADRID, e LEBRÓN, M.ª JESÚS GUERRERO, *Derecho Patrimonial y Tecnología – Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convénio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, Marcial Pons, 2007, pp. 39 e ss.

¹⁷ De acordo com o disposto no artigo 4.º da Convenção, entende-se por comunicação electrónica aquela que se processa mediante *transmissão de mensagens de dados por meios electrónicos, magnéticos, ópticos ou similares, incluindo, mas não apenas, correspondência electrónica de dados, correio electrónico, telegrama, telex ou telecópia*. Entre nós, no âmbito do processo de transposição de um conjunto de directivas comunitárias de 2002 sobre o tema, foi publicada a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, que regula as comunicações electrónicas e que define as “redes de comunicações electrónicas” como “os sistemas de transmissão e, se for o caso, os equipamentos de comutação ou encaminhamento e os demais recursos que permitem o envio de sinais por cabo, meios radioeléctricos, meios ópticos, ou por outros meios electromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas (com comutação de circuitos ou de pacotes, incluindo a Internet) e móveis, os sistemas de cabos de electricidade, na medida em que sejam utilizados para a transmissão de sinais, as redes utilizadas para a radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida”. Cfr., a respeito, BLANCO DE MORAIS, CARLOS, “Breve introdução ao regime jurídico das comunicações electrónicas no Direito Comunitário e Português”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Volume I, FDUL, Coimbra Editora, 2006, pp. 453 e ss.

(...)

*“Considerando que o crescente uso de comunicações electrónicas **aumenta a eficiência das actividades comerciais, desenvolve as ligações comerciais** e permite novas oportunidades de acesso a operadores e mercados anteriormente remotos, assim assumindo um papel fundamental na promoção do desenvolvimento das transacções e da economia, tanto interna como internacional¹⁸;*

(...)

Convencidos que a adopção de regras uniformes para remover obstáculos ao uso de comunicações electrónicas nos contratos internacionais, incluindo obstáculos que possam resultar da aplicação de instrumentos de direito comercial internacional, poderá aumentar a certeza jurídica e contribuir para a estabilização dos contratos internacionais por forma a ajudar os Estados a adquirir acesso às modernas rotas comerciais;

(...)

Desejando alcançar uma solução comum para remover obstáculos legais ao uso de comunicações electrónicas que abranja Estados com sistemas legais, sociais e económicos distintos (...)”

O artigo 8.º da Convenção consagra depois que *“a qualquer comunicação efectuada ou contrato celebrado não poderá ser negada validade ou efeitos jurídicos pelo simples facto de o ter sido sob a forma de comunicações electrónicas”*, pressupondo assim a **igualdade jurídica dos meios de comunicação** e a **proibição de discriminação das comunicações efectuadas por meios electrónicos**, prevendo-se que estas terão igual validade e eficácia jurídica que as demais.

O artigo 9.º, n.º 1, da Convenção, consagra, por seu turno, que *“nada nesta Convenção impõe qualquer exigência de forma nas comunicações a realizar ou nos contratos a celebrar”*, assim consagrando o **princípio da liberdade de forma** e a regra da desnecessidade de declarações de vontade expressando a utilização de meios electrónicos de comunicação. O n.º 2 do mesmo artigo estipula que *“nos casos em que a lei exija que uma comunicação ou um contrato devam ser efectuadas ou celebrados, respectivamente, por escrito, ou preveja consequências para a ausência de escrito, deve entender-se que tal exigência é satisfeita mediante a utilização de comunicações electrónicas, desde que a informação em causa seja igualmente acessível e passível de ser utilizada para referências subsequentes”*, com isto significando uma exigência de **igualdade dos suportes** utilizados para a transmissão da informação, ou seja, que o que é relevante não é o suporte mas a informação transmitida¹⁹.

É igualmente relevante o artigo 10.º da Convenção, que regula o momento em que se devem considerar enviadas e recebidas as comunicações electrónicas, no primeiro caso quando a informação transmitida abandona o sistema de comunicações do remetente e, no

¹⁸ Tradução e destaques da nossa responsabilidade.

¹⁹ PARRA, AGUSTÍN MADRID, “El Convenio de Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica”, cit., p. 67.

segundo, quando a informação é susceptível de ser recepcionada no sistema de comunicações do destinatário.

Trata-se, portanto, de um importante instrumento jurídico de direito internacional positivo que destaca uma série de princípios gerais da contratação electrónica – **Eficiência**, **Igualdade jurídica dos suportes de comunicação** e **Liberdade de forma** – e visa o seu desenvolvimento e a garantia da sua certeza e segurança jurídicas.

1.2. O impulso normativo do Direito Comunitário

A propósito da consagração normativa comunitária da contratação pública electrónica, a doutrina vem destacando vários instrumentos jurídicos relevantes que contribuíram para a efectiva autonomização de um conjunto de princípios gerais neste domínio²⁰.

Desde logo, há que recordar o [Livro Verde da Comissão sobre a contratação pública na União Europeia: Reflexões para o futuro, de 27 de Novembro de 1996](#), o qual, sob a rubrica genérica do “Melhoramento dos acessos aos contratos públicos”, sugeriu um “acompanhamento permanente dos contratos públicos, de forma a adquirir um bom conhecimento das realidades económicas subjacentes à celebração destes contratos”.

O Livro Verde introduziu a ideia de que “no sector dos contratos públicos, é a nível dos processos de notificação e de difusão dos anúncios de contrato que deverão ser introduzidas as tecnologias da informação”, afirmando, por isso, a imprescindibilidade da máxima **publicidade** da contratação.

Sublinhou, igualmente, que, “a curto prazo, estas novas tecnologias permitirão introduzir processos electrónicos para a notificação dos anúncios de contratos e a difusão da informação aos fornecedores. A mais longo prazo, as telecomunicações e os sistemas informatizados deverão permitir revolucionar a forma como os contratos públicos são adjudicados”. Acrescentou que “os contratos públicos contam-se entre as aplicações prioritárias das tecnologias da informação no sector público”.

O Livro Verde referiu ainda que “as tecnologias actuais multiplicam as possibilidades de aumentar a **transparência** e **reduzir os custos de funcionamento e os prazos**” e deu exemplos: “é evidente que a versão papel do suplemento do JOCE será, a prazo, ultrapassada pelas versões electrónicas”; por outro lado, “um **sistema inteiramente electrónico** poderia (...) incluir a comunicação dos cadernos de encargos e a apresentação das propostas dos candidatos, bem como os intercâmbios de informação durante a execução do contrato (incluindo as facturas e os pagamentos)”.

²⁰ Cfr., v.g., MOLINA, JOSÉ ANTONIO MORENO, “La Utilización de medios electrónicos en la contratación pública”, in VALLS, MODESTO FABRA, e DÍAZ, JOSÉ LUIS BLASCO, *La Administración Electrónica en España: Experiencias y perspectivas de futuro*, Universitat Jaume I, Estudis Jurídics, Núm. 12, 2007, pp. 126 e ss.; MORALEDA, JESÚS PUNZÓN, e RODRIGUEZ, FRANCISCO SÁNCHEZ, *La Utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, 2009, pp. 28 e ss.; e TAVARES, L. VALADARES, e ROCHA, M. LOPES, *O Guia da Contratação Pública Electrónica*, Lisboa, 2009, pp. 1 a 4.

Destacou, ainda, a necessidade de evitar a “**discriminação**” e de consequentemente apoiar o desenvolvimento da contratação electrónica nos países menos desenvolvidos, incluindo os então candidatos à adesão na União Europeia.

No mesmo sentido, o [Parecer do Comité Económico e Social sobre o Livro Verde da Comissão sobre a contratação pública na União Europeia: Reflexões para o futuro, de 1997](#), sob a rubrica “*Melhoramento dos acessos aos contratos públicos*”, instou a um “*melhor acompanhamento da aplicação das regras dos contratos públicos e dos seus efeitos*”, sugerindo “*novas iniciativas com vista à melhoria da informação e a uma **maior transparência***” e concluindo que “*o desenvolvimento dos meios electrónicos para os contratos públicos/aviso de concurso electrónico é de importância vital para o futuro dos concursos públicos na Europa*”.

Em 2000, a Estratégia de Lisboa traçou o novo rumo a seguir em face da então denominada “*e-Europe*” e os sucessivos *Planos de Acção* que surgiram posteriormente, em 2002 e em 2005, abriram caminho à edificação da actual “Administração Electrónica”²¹.

Merece igualmente referência, no domínio da contratação electrónica privada, a [Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, sobre Comércio Electrónico](#)²².

Destacamos sobretudo o artigo 9.º da Directiva, que visou promover a generalização da possibilidade de celebração de contratos por meios electrónicos: “*Os Estados-Membros assegurarão que os seus sistemas legais permitam a **celebração de contratos por meios electrónicos**. Os Estados-Membros assegurarão, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo facto de serem celebrados por meios electrónicos*”.

Há ainda que referir o artigo 10.º, que consagrou um **princípio de transparência**, segundo o qual a legislação dos Estados-Membros deverá prever que os prestadores de serviços da sociedade da informação ofereçam aos seus destinatários e às autoridades competentes um acesso fácil, directo e permanente às informações de base relacionadas com a sua actividade.

No plano da contratação pública electrónica no âmbito comunitário, merecem igualmente referência a [Comunicação da Comissão Europeia sobre o papel da Administração Electrónica \(e-Government\) no futuro da Europa](#), de 26 de Setembro de 2003, mais decisivamente a [Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento e do Conselho, de 31 de Março de 2004](#) e, por fim,

²¹ Cfr. AMORIM PEREIRA, DUARTE, *Informática, Direito e Administração*, cit., pp. 29 e ss.

²² A Directiva 2000/31/CE foi transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro. Sobre o regime português, vide COSTA E SILVA, PAULA, “A contratação automatizada”, *Direito da Sociedade da Informação*, Volume IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, 2003, pp. 289 e ss.; FESTAS, DAVID DE OLIVEIRA, “A contratação electrónica automatizada”, *Direito da Sociedade da Informação*, Volume VI, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, 2006, pp. 411 e ss.; PEREIRA, JOEL TIMÓTEO RAMOS, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, pp. 421 e ss.; e, mais recentemente, ALVES, PAULA RIBEIRO, *Contrato de seguro à distância – O contrato electrónico*, Almedina, 2009, pp. 78 e ss.

a [Comunicação da Comissão sobre o Plano de Acção para a aplicação do quadro jurídico no domínio dos contratos de direito público por via electrónica, de 29 de Dezembro de 2004.](#)

Assim, desde logo a referida Comunicação da Comissão de 2003 centrou-se no conceito de “*administração em linha*” ou “*eGoverno*”, definindo-o como “*a utilização das tecnologias da informação e das comunicações nas administrações públicas em combinação com mudanças organizativas e novas qualificações com vista a melhorar os serviços públicos e os processos democráticos e reforçar o apoio às políticas públicas*”.

Reiterou que “*o eGoverno permite criar uma administração melhor e mais eficiente (...) por exemplo, **melhorando a eficiência e a concorrência nos contratos públicos através da utilização de meios electrónicos**, poderão ser poupadas e reinvestidas em bens e serviços públicos centenas de milhões de euros, contribuindo-se assim para o crescimento económico. Simultaneamente, melhorará a **transparência** e a **responsabilização** nos contratos públicos*”.

Rematando, a Comunicação afirmou que “*o eGoverno contribui para a criação de um sector público mais aberto, inclusivo e produtivo, em consonância com uma boa governação*”.

O documento ressaltou ainda que “*a utilização das TIC (...) pode fazer aumentar a **eficiência**, melhorar a **qualidade** e a **relação custo-benefício** das aquisições públicas e proporcionar uma poupança significativa aos contribuintes*”.

Recordou, por fim, que “*a próxima adopção final do pacote legislativo constituído por directivas relativas aos contratos públicos, que inclui regras específicas para os contratos públicos electrónicos, deverá constituir um ponto de viragem para a difusão dos contratos públicos electrónicos na Europa. Os serviços de eGoverno que apoiam e facilitam a interacção entre empresas e a administração pública, mediante, p. ex., a oferta de certificados sobre forma digital e a disponibilidade de assinaturas electrónicas em toda a Europa, poderão contribuir positivamente para a **transição dos contratos públicos em papel para os contratos públicos electrónicos***”.

Assume ainda destaque, obviamente, a Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, que introduziu o novo quadro jurídico da contratação pública na União Europeia e que porventura significou o primeiro reconhecimento normativo expresso do fenómeno da Contratação Pública Electrónica²³, delineando alguns dos seus princípios gerais embora estes, como vimos, vinham já sendo anteriormente sublinhados.

Nesta Directiva, é desde logo de realçar o seu Considerando 35²⁴, segundo o qual “*tendo em conta as novas tecnologias da informação e das comunicações, bem como a simplificação que podem implicar em termos de **publicidade** dos contratos e de **eficácia** e **transparência** dos processos de adjudicação, importa **colocar a utilização de meios electrónicos em igualdade de circunstâncias com a utilização dos meios clássicos***”.

²³ Neste sentido, cfr. ROCHA, MANUEL LOPES, MAÇARA, JORGE CRUZ, e LOUSA, FILIPE VIANA *A Contratação Pública Electrónica e o Guia do Código dos Contratos Públicos*, Academia Vortal, 2008, p. 12.

²⁴ Cfr. TAVARES, L. VALADARES, e ROCHA, M. LOPES, *O Guia da Contratação Pública Electrónica*, cit., pp. 47 e ss.

de comunicação e de intercâmbio de informações. Tanto quanto possível, o meio e a tecnologia escolhidos devem ser **compatíveis com as tecnologias utilizadas nos outros Estados-Membros**²⁵, sendo postulado que **“o meio de comunicação escolhido deverá estar geralmente disponível e, por conseguinte, não poderá restringir o acesso dos operadores económicos ao processo de adjudicação”**²⁶.

O Considerando 36 asseverou, por seu turno, que **“o desenvolvimento de uma concorrência efectiva no domínio dos contratos públicos exige que seja dada **publicidade** a nível comunitário aos anúncios de contratos elaborados pelas entidades adjudicantes dos Estados-Membros”**, exigência que acabou por se contemplar nos artigos 35.º e ss. do articulado da mesma Directiva.

O Considerando 37 advertiu para a necessidade da **“utilização de assinaturas electrónicas, e em particular de assinaturas electrónicas avançadas”** devendo esta **“na medida do possível, ser incentivada”** por forma a assegurar a **“segurança e confidencialidade”** dos concursos públicos. A Directiva previu para o efeito regras específicas referentes à participação nos procedimentos de contratação, mormente no artigo 42.º, n.º 5 e bem assim no seu Anexo X²⁷.

O Considerando 38 reconheceu, por seu turno, que **“a utilização de meios electrónicos permite **economizar tempo**. Por isso, são de prever **reduções nos prazos mínimos em caso de utilização desses meios (...)**”**, como as que se vieram a prever no artigo 38.º, n.º s 5 e 6, da mesma Directiva.

Por fim, o Considerando 39 assegurou que **“a verificação da aptidão dos proponentes (...) e a respectiva selecção devem ser efectuadas em condições de **transparência**. Para tanto, importa indicar os **critérios não discriminatórios** que as entidades adjudicantes podem utilizar para seleccionar os concorrentes e os meios que os operadores económicos podem utilizar para provar que satisfazem tais critérios”**. Ou seja, **“a adjudicação de um contrato deve realizar-se com base em critérios objectivos que assegurem o respeito dos princípios da **transparência**, da **não discriminação** e da **igualdade de tratamento** e que**

²⁵ A Directiva *não obriga* os Estados-Membros da União à implantação das novas tecnologias de informação e comunicação na contratação pública. Limita-se a demonstrar as vantagens e expectativas futuras da progressiva utilização de meios electrónicos neste domínio, mas deixou aos Estados margem de manobra quanto à efectiva implantação e utilização de tais meios e à forma e momento da sua concretização. Assim é que, por exemplo, a Directiva consagrou que os Estados-Membros *podem prever* a possibilidade de as entidades adjudicantes recorrerem a acordos-quadro (artigo 32.º), a sistemas de aquisição dinâmicos (artigo 33.º) ou a leilões electrónicos (artigo 54.º). A doutrina espanhola tem assim lamentado esta “falta de firmeza” da Directiva em análise, acusando-a de favorecer a discricionariedade dos Estados numa matéria imperiosa como a da implantação e adaptação das novas tecnologias aos processos de contratação pública: cfr. MORALEDA, JESÚS PUNZÓN e RODRIGUEZ, FRANCISCO SÁNCHEZ, *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, cit., p. 28, e ASTUDILLO, JOSÉ MARIA FERNÁNDEZ, *Contratación Pública*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2008, p. 19.

²⁶ Esta ideia está igualmente presente no n.º 2 do artigo 42.º da mesma Directiva, bem como no seu n.º 4: **“Os instrumentos a utilizar para a comunicação por meios electrónicos, bem como as suas especificações técnicas, não devem ser discriminatórios, devem estar em geral disponíveis e ser compatíveis com os produtos de uso corrente no domínio das tecnologias da informação e da comunicação”**.

²⁷ Já em 1999 a União Europeia havia todavia definido um quadro jurídico atinente às assinaturas electrónicas, mormente na Directiva 1999/93/CE, de 13 de Dezembro.

garantam a apreciação das propostas em condições de concorrência efectiva” (Considerando 46)²⁸.

Na senda da Directiva 2004/18/CE, viria a surgir a acima mencionada [Comunicação da Comissão sobre o Plano de Acção para a aplicação do quadro jurídico no domínio dos contratos de direito público por via electrónica, de 29 de Dezembro de 2004](#).

A Comissão propôs em tal plano de acção medidas em torno de três eixos que considerou fundamentais: (a) *Garantir o **bom funcionamento do mercado interno** quando a contratação pública se efectuar por via electrónica;* (b) *Conseguir **maior eficácia** na contratação pública e melhorar a governança;* e (c) *Trabalhar para um **quadro internacional da contratação pública electrónica** .*

No âmbito do primeiro dos desafios apresentados, a Comissão recordou que, *“na passagem para a contratação pública em linha, os Estados-Membros devem orientar-se, em todas as etapas, pelo conceito básico de que os meios de comunicação e os instrumentos usados nos sistemas de contratação pública electrónica devem ser **não discriminatórios, acessíveis a todos e interoperáveis** e, de nenhum modo, restringir o acesso dos operadores económicos aos concursos públicos”*.

A Comissão destacou igualmente o papel fulcral das *assinaturas electrónicas* na contratação pública, considerando inclusive que *“a contratação pública por via electrónica será (...) o primeiro sector em que as empresas usam assinaturas qualificadas em transacções com as entidades públicas de um Estado-Membro que não seja o seu país de origem”*.

Relativamente ao segundo eixo, a Comissão considerou que *“o acréscimo de **eficácia** dependerá do grau de automatização no domínio da contratação pública em geral”*; realçou ainda o princípio fundamental da **Transparência** assegurada pelos suportes electrónicos, *“na medida em que permitem a difusão fácil e oportuna da informação sobre os contratos e reduzem as oportunidades de fraude e os incentivos à sua prática. Também podem melhorar a qualidade da gestão dos contratos públicos, incluindo o acompanhamento e a tomada de decisões”*.

Quanto ao terceiro eixo indicado, a Comissão comprometeu-se a *“garantir que a implementação do novo regime comunitário de contratação pública respeite inteiramente as obrigações internacionais da União, enquanto adopta iniciativas para, nesse sentido, adaptar regras internacionais”*.

Refira-se por fim que, no âmbito da estratégia [“i2010 – Sociedade europeia da informação para o crescimento e o emprego”](#), têm-se igualmente revelado importantes para o

²⁸ Mais desenvolvimentos atinentes à regulação da contratação pública electrónica pela Directiva 2004/18/CE podem encontrar-se, por exemplo, em MOLINA, JOSÉ ANTONIO MORENO, “La utilización de medios electrónicos en la contratación pública”, cit., pp. 142 e ss.

desenvolvimento da contratação pública electrónica os relatórios anuais da Comissão Europeia a respeito da implantação efectiva da *e-Europe*, o último dos quais de 2009²⁹.

2. Os princípios gerais da contratação pública electrónica

É possível em nosso entender extrair do complexo de normas analisadas no capítulo precedente um conjunto de princípios gerais aplicáveis com autonomia ou especial relevo e intensidade no domínio da contratação pública electrónica, aquela que se desenvolve com recurso parcial ou integral às tecnologias de informação e comunicação³⁰.

Concretamente, entendemos que decorrem do referido contexto normativo e/ou da evolução dos respectivos diplomas legais, os seguintes princípios gerais especificamente aplicáveis e relevantes no domínio da contratação pública desenvolvida por recurso a meios electrónicos: o princípio da **publicidade**; o princípio da **transparência**; o princípio da **equivalência**; o princípio da **liberdade de forma**; o princípio da **não discriminação**; o princípio da **eficiência**; o princípio da **segurança e confidencialidade**; e, por último, o princípio da **interoperabilidade**.

Importa, deste modo, descortinar o sentido e alcance de cada um dos princípios indicados e apurar a sua correspondência com os diplomas legais actualmente vigentes entre nós, nomeadamente o Código dos Contratos Públicos (CCP)³¹.

2.1. Princípio da publicidade

Conforme foi possível constatar *supra*, o princípio da publicidade foi primeiramente delineado em termos expressos aquando da constituição da Organização Mundial do Comércio e já antes no âmbito do GAAT e, no âmbito comunitário, no Livro Verde da Comissão sobre a contratação pública na União Europeia de 1996.

A afirmação tão precoce do princípio da publicidade no domínio da contratação pública encontra a sua justificação no reconhecimento da imprescindibilidade da publicação cabal dos termos e condições ao abrigo dos quais as entidades públicas se dispõem a contratar com terceiros.

²⁹ Se em 2008 as principais preocupações da Comissão a respeito da *e-Europe* eram, no essencial, **combater a info-exclusão** e promover a **segurança e confidencialidade** na utilização da internet, em 2009 o desafio principal passa pela garantia de **interoperabilidade** entre as administrações públicas, com vista a assegurar a melhoria dos serviços públicos e da contratação oferecida pelos diversos Estados. Cfr., sobretudo, a Comunicação da Comissão sobre a competitividade da Europa em matéria digital e os principais resultados da estratégia i2010 entre 2005 e 2009, de 4 de Agosto de 2009 (COM(2009) 390 final).

³⁰ *Supra*, pp. 6 e 7.

³¹ O primeiro esforço normativo nacional no sentido da afirmação da contratação pública electrónica iniciou-se, não obstante, em 2002, com a publicação do Decreto-Lei n.º 104/2002, de 12 de Abril, que aprovou o regime de aquisição de bens por via electrónica por parte das entidades públicas. Para esta evolução, cfr. AMORIM PEREIRA, DUARTE, *Informática, Direito e Administração*, cit., pp. 71 e ss.

Ao nível comunitário, também a jurisprudência vinha assumindo a existência de um tal Princípio, o qual considerava dever ser imposto como “obrigação” às entidades públicas adjudicantes, como forma de garantia da concorrência e de igualdade de tratamento entre os vários concorrentes³².

No [Acórdão do TJCE de 20 de Setembro de 1988 Gebroeders Beentjes BV contra Estado dos Países Baixos \(Proc. 31/87\)](#), pode ler-se que “o título III da directiva³³ estabelece uma publicidade comunitária dos anúncios de concursos feita pelas entidades adjudicantes dos Estados-membros de modo a dar aos empreiteiros da Comunidade um conhecimento suficiente das prestações a fornecer e das condições adequadas para poderem apreciar se os concursos propostos lhes interessam”, sendo que “para que o anúncio possa preencher a sua função de permitir (...) apreciar se um concurso (...) interessa é preciso que ele contenha uma indicação, ainda que sumária, das condições particulares requeridas para ser considerado apto a propor-se ao concurso a realizar”.

De acordo com o [Acórdão do TJCE de 24 de Novembro de 2005 AIT EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl e Viaggi di Maio Snc contra ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia e Comune di Venezia](#), por seu turno, “é necessário que todos os elementos tomados em consideração pela entidade adjudicante para identificar a proposta economicamente mais vantajosa e, se possível, a sua importância relativa sejam do conhecimento dos potenciais proponentes no momento da preparação das respectivas propostas”.

Também no [Acórdão de 24 de Janeiro de 2008 no assunto Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon e Nikolaos Vlachopoulos contra Dimos Alexandroupolis, Planitiki AE, Aikaterini Georgoula, Dimitrios Vasios, N. Loukatos kai Synergates AE Meleton, Eratosthenis Meletitiki AE, A. Pantazis – Pan. Kyriopoulou kai syn/tes os “Filon” OE e Nikolaos Sideris](#), o TJCE asseverou que “os proponentes devem ser colocados em pé de igualdade ao longo de todo o processo, o que implica que os critérios e condições que regem cada contrato devam ser objecto de publicidade adequada por parte das entidades adjudicantes”.

O princípio da publicidade na contratação pública encontra-se actualmente consagrado no Capítulo VI (artigos 35.º e ss.) da acima mencionada Directiva 2004/18/CE, merecendo destaque, pela sua autonomização e aplicação específica à contratação pública electrónica, o regime disposto no artigo 36.º, sob a epígrafe “Redacção e modalidade de publicação dos anúncios”.

Ora, decorre desde logo do regime constante do artigo mencionado uma obrigação das entidades adjudicantes de transmissão por meios electrónicos dos anúncios de

³² Vide desde logo o Acórdão do TJCE de 7 de Dezembro de 2000 *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH contra Telekom Austria AG* (Processo C-324/98). Sobre o assunto, cfr. VIANA, CLÁUDIA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, cit., pp. 153 e ss.

³³ O Tribunal referia-se à Directiva 71/305 do Conselho, de 26 de Julho de 1971, então relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

procedimentos³⁴, cujo cumprimento permite uma redução do prazo de publicação dos mesmos anúncios até um máximo de 5 dias após o seu envio³⁵.

Lamentavelmente, a Directiva não obriga à publicação electrónica dos anúncios preparados pelas entidades adjudicantes, mas incentiva estas últimas, de uma forma expressa, à generalização da publicação integral na internet das peças do procedimento³⁶.

No ordenamento jurídico nacional, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o CCP em anexo, prevê desde logo que *“os anúncios a publicar no Diário da República, nos termos previstos no Código dos Contratos Públicos, são enviados à Imprensa Nacional Tanto Casa da Moeda, S. A. através de meios electrónicos, conforme o formato e as modalidades de transmissão indicados no portal do Diário da República Electrónico”* e que *“a publicação dos anúncios referidos no número anterior deve ser efectuada em tempo real, no caso dos concursos públicos urgentes e, nos demais casos, no prazo máximo de vinte e quatro horas”*.

O artigo 127.º do CCP obriga, inclusivamente, à publicação de quaisquer contratos celebrados na sequência de ajuste directo no portal da internet dedicado aos contratos públicos³⁷, como sua condição de eficácia.

Seguindo de perto a Directiva 2004/18/CE, o CCP, nos artigos 130.º e 131.º, também não obriga à publicação dos anúncios de concursos públicos, admitindo embora uma publicação electrónica *facultativa* dos mesmos³⁸ e impondo o envio electrónico dos anúncios ao Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, quando se trate de anúncios que devam ser publicados no respectivo Jornal Oficial³⁹.

Conforme teremos oportunidade de analisar adiante, o CCP contempla igualmente, na senda da Directiva 2004/18/CE, reduções dos prazos mínimos para apresentação de propostas ou candidaturas nos casos em que os respectivos anúncios hajam sido enviados para publicação por meios electrónicos.

Por fim, ao Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho, subjaz um manifesto propósito de instituição da utilização de meios electrónicos, seja enquanto forma de comunicação, trocas e arquivo de dados e informações, seja como modo preferencial de disponibilização ou

³⁴ O Anexo VII da Directiva contém, detalhadamente, o descritivo das informações que deverão constar dos anúncios procedimentais.

³⁵ Cfr. Artigo 36.º, números 2 e 3, da Directiva.

³⁶ Cfr. Anexo VIII da Directiva 2004/18/CE.

³⁷ Tanto os *anúncios* publicados no Diário da República relativos a procedimentos de formação de contratos públicos como a celebração de quaisquer *contratos na sequência de ajuste directo* devem ser objecto de publicação no denominado *Portal dos Contratos Públicos*, criado pela Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de Julho, e disponível em <http://www.base.gov.pt/>. Em Espanha, o *Registro de Contratos del Sector Público* funciona simultaneamente como repositório de todos os contratos públicos celebrados como também como “comissão de acompanhamento” da aplicação da *Ley de Contratos del Sector Público*, para utilizar a terminologia do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro e da Portaria n.º 701-B/2008, de 29 de Junho. Sobre o tema, cfr. MOLINA, JOSÉ ANTÓNIO MORENO e GUADAMILLAS, FRANCISCO PLEITE, *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público (Estudio sistemático)*, 2.ª Edición, La Ley, 2009, pp. 374 e ss.

³⁸ Isto relativamente aos anúncios que sejam objecto de publicação no Diário da República, conforme prescreve o n.º 2 do artigo 130.º, do CCP.

³⁹ Artigo 131.º, n.º 4, do CCP.

publicação das peças do procedimento pré-contratual⁴⁰.

O diploma elege as “plataformas electrónicas” como a forma preferencial de tratamento da informação contida em procedimentos de contratação pública, definindo-as como os “meios electrónicos compostos por um conjunto de meios, serviços e aplicações informáticos necessários ao funcionamento dos procedimentos electrónicos prévios à adjudicação de um contrato público, constituindo as infra-estruturas sobre as quais se desenrolam os procedimentos de formação daqueles contratos”⁴¹. As plataformas electrónicas devem obrigatoriamente disponibilizar, pelo menos, livremente a todos os interessados, “as especificações necessárias exigidas para a realização do procedimento de formação do contrato, designadamente aquelas respeitantes a:

- a) Requisitos de acesso às peças do procedimento;
- b) Modo de apresentação das propostas, candidaturas e soluções;
- c) Modo e requisitos a que a encriptação de dados deve obedecer;
- d) Assinaturas electrónicas exigidas e modo de as obter;
- e) Requisitos a que os ficheiros que contêm os documentos das propostas, candidaturas e soluções devem obedecer”⁴².

As plataformas electrónicas devem ainda publicitar um registo actualizado, ou seja, um “sistema que documenta as várias fases do procedimento conduzido por meios electrónicos, permitindo, em cada momento, fornecer informação adequada e fidedigna que se revele necessária”⁴³.

O princípio da publicidade, orientador desde há muito da contratação pública em geral, passou de um postulado de reduzida importância e alguma exiguidade⁴⁴ a uma exigência procedimental ampla exercida através dos meios electrónicos disponíveis que subjazem à contratação pública dos dias de hoje.

2.2. Princípio da transparência

O princípio da transparência, quando associado à actividade administrativa em geral,

⁴⁰ Artigos 1.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 143-A/2008.

⁴¹ Artigos 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 143-A/2008.

⁴² Artigo 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 143-A/2008.

⁴³ Artigo 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 143-A/2008.

⁴⁴ Bastando para o efeito recordar a expressão que o princípio da publicidade merecia na anterior legislação portuguesa de contratação pública, estando ele autonomamente consagrado ao contrário da lei actual mas todavia confinado à mera obrigação de “garantir uma adequada publicidade da decisão de contratar” (artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho). Pode igualmente constatar-se que, à luz daquela legislação, a publicidade do próprio processo contratual era mitigada, concentrando-se no acto público grande parte das actividades destinadas a dar-lhe cumprimento, como o acesso às propostas dos outros concorrentes e a correspondente apresentação de reclamações (cfr. sobretudo artigo 99.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).

costuma identificar-se com o postulado da “administração aberta”⁴⁵, no sentido de que todas as decisões administrativas e os documentos integrantes do respectivo processo administrativo devem ser do conhecimento integral dos cidadãos, para que estes possam tomar conhecimento das razões que fundamentam e subjazem ao respectivo processo decisório. Consequentemente, o direito dos administrados de *acesso aos documentos e decisões administrativas* tem sido considerado como um verdadeiro direito fundamental inerente ao princípio da transparência, atenta desde logo a sua consagração constitucional⁴⁶.

No domínio da contratação pública, o princípio da transparência surge associado ao princípio da publicidade⁴⁷ e pretende significar que as condições essenciais inerentes ao contrato, incluindo os critérios de adjudicação, devem estar expressa e cabalmente previstos em momento prévio ao início do procedimento, permitindo aos eventuais interessados ter conhecimento antecipado das “regras de jogo” e apurar se a participação no procedimento efectivamente é do seu interesse⁴⁸.

Mais decisivamente, o princípio da transparência impõe, nos dizeres do TJCE no *supra* citado Acórdão [de 24 de Janeiro de 2008 no assunto Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon e Nikolaos Vlachopoulos contra Dimos Alexandroupolis, Planitiki AE, Aikaterini Georgoula, Dimitrios Vasios, N. Loukatos kai Synergates AE Meleton, Eratosthenis Meletitiki AE, A. Pantazis – Pan. Kyriopoulou kai syn/tes os “Filon” OE e Nikolaos Sideris](#), que “*todos os elementos tomados em consideração pela entidade adjudicante para identificar a proposta economicamente mais vantajosa e a sua importância relativa sejam conhecidos dos potenciais proponentes no momento da preparação das suas*

⁴⁵ Sobre o princípio da transparência no Direito Administrativo em geral, cfr. a obra fundamental de MERLONI, FRANCESCO (coord.), *La Trasparenza Amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

⁴⁶ Cfr. Artigo 268.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa. Ao nível da legislação ordinária, o direito à informação dos administrados encontra-se consagrado também no artigo 7.º do Código de Procedimento Administrativo e bem assim na Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto. Cfr., por todos, na doutrina, PRATAS, SÉRGIO, *O acesso à informação administrativa no século XXI*, CADA, 2007, disponível em http://www.cada.pt/uploads/estudos/O_Acesso_Informacao_Administrativa_no_seculo_XXI.pdf, e na jurisprudência o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de Janeiro de 2010 (Proc. N.º 0965/09), disponível em <http://www.dgsi.pt>. Actualmente, a nossa lei permite que a transmissão dos documentos solicitados pelo administrado seja feita por meios electrónicos ou os próprios documentos emitidos sejam eles próprios electrónicos, chamando-se aqui à colação o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, na sua redacção actual. Sobre o respectivo regime, cfr. AMORIM PEREIRA, DUARTE, *Informática, Direito e Administração*, cit., pp. 59 e ss. No direito espanhol, a Ley 11/2007, de 22 de Junho, veio consagrar expressa e autonomamente o direito fundamental dos administrados ao relacionamento com a Administração Pública por meios electrónicos, regulando igualmente os próprios termos de utilização das tecnologias de informação e comunicação na actividade administrativa. A este respeito, cfr., por todos, CASADO, EDUARDO GAMERO e TORRIJOS, JULIÁN VALERO (coords.), *La Ley de Administración Electrónica – Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de Junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009. Igualmente em Itália vigora um “Código da Administração Digital”, o qual foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 82/2005, de 7 de Março, no seguimento da Lei 15/2005, de 11 de Fevereiro. Para a análise do regime em questão e sua evolução, cfr. FIORENZANO, SERGIO, “Il Diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la Legge 11 Febbraio 2005, N. 15: Nuove regole sostanziali e giustiziali”, in MERLONI, FRANCESCO (coord.), *La Trasparenza Amministrativa*, cit., pp. 463 e ss., e BANDERA, SABINA, “Nuove tecnologie della comunicazione e attività della Pubblica Amministrazione”, in CUNIBERTI, MARCO (coord.), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Giuffrè, 2008, pp. 295 e ss.

⁴⁷ Cfr. VIANA, CLÁUDIA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, cit., p. 157; ANDRADE DA SILVA, JORGE, *Dicionário dos Contratos Públicos*, Almedina, 2010, p. 352.

⁴⁸ Diversamente, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA entendem que o significado expresso no texto se refere ao *princípio da publicidade* – cfr., dos Autores, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa – das Fontes às Garantias*, Almedina, 2003, p. 119.

propostas”, para que seja cognoscível, designadamente, o seu “alcance”.

Na Directiva 2004/18/CE, a par dos considerandos assinalados no Capítulo anterior, o princípio da transparência encontra-se plasmado nos artigos 39.º a 41.º, consubstanciando uma obrigação das entidades adjudicantes darem conhecimento atempado aos concorrentes ou candidatos de todas as peças do procedimento e bem assim das informações conexas relevantes.

*“Estamos perante regras que visam fundamentalmente controlar o cumprimento das disposições das directivas por parte das entidades adjudicantes bem como a sustentar a impugnação das decisões ilegais e o pedido de adopção de outras medidas de protecção jurisdicional”*⁴⁹.

Ao nível do direito interno, o princípio da transparência encontra-se expressamente consagrado como princípio geral da contratação pública⁵⁰, podendo referir-se, como exemplos ou suas manifestações, a necessidade de existência de relatórios contendo informações referentes aos procedimentos desencadeados e aos contratos celebrados⁵¹, a discriminação legal exaustiva do conteúdo obrigatório das peças de procedimento⁵² ou o direito de acesso aos documentos que integram o processo de adjudicação⁵³⁵⁴⁵⁵.

Mas hoje sobretudo relevantes no domínio do princípio da transparência, tal como sucede relativamente ao princípio da publicidade, são as plataformas electrónicas.

*Trata-se como vimos de “meios electrónicos compostos por um conjunto de meios, serviços e aplicações informáticos necessários ao funcionamento dos procedimentos electrónicos prévios à adjudicação de um contrato público, constituindo as infra-estruturas sobre as quais se desenrolam os procedimentos de formação daqueles contratos”*⁵⁶.

⁴⁹ VIANA, CLÁUDIA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, cit., p. 158.

⁵⁰ Artigo 1.º, n.º 4, do CCP.

⁵¹ Cfr. artigos 107.º e 108.º do CCP.

⁵² Cfr. artigos 42.º a 45.º, 49.º, 115.º, 132.º, 164.º, 189.º, n.º 2, 206.º, 207.º, 226.º ou 240.º, todos do CCP.

⁵³ Cfr. artigos 147.º, 162.º, 193.º e 204.º, do CCP.

⁵⁴ Para outros exemplos, vide ANDRADE DA SILVA, JORGE, *Dicionário dos Contratos Públicos*, cit., p. 352.

⁵⁵ O princípio da transparência obrigava, no regime legal anterior ao CCP, a um dever específico de fundamentação pela entidade adjudicante da escolha das propostas e também a que o critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato estivessem definidos previamente à abertura do procedimento e fossem dados a conhecer a todos os interessados a partir daquela abertura (artigo 8.º, n.º s 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).

⁵⁶ As plataformas electrónicas encontram-se regulamentadas no Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho, e na Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho. Sobre a matéria vide, entre nós, TAVARES, L. VALADARES, e ROCHA, M. LOPES, *O guia da contratação pública electrónica*, cit., pp. 52 e ss.; e ROCHA, MANUEL LOPES, MAÇARA, JORGE CRUZ e LOUSA, FILIPE VIANA, *A contratação pública electrónica e o guia do Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 17 e ss. Segundo estes últimos Autores, as plataformas electrónicas na contratação pública têm vindo a ser adoptadas em grande parte dos países europeus, começando por França, Reino Unido e Dinamarca. Quanto às especificações técnicas inerentes às plataformas electrónicas, vide também ARRIAGA DA CUNHA, LUÍS, “Sistemas de informação e plataformas tecnológicas”, in INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO, *A Sociedade da Informação e a Administração Pública*, Oeiras, 2005, pp. 25 e ss. Também em Espanha se consagrou, no artigo 309.º da Ley de Contratos del Sector Público, a *Plataforma de Contratación del Estado*, para cuja análise se pode consultar, *inter alia*, MORRÁS, JAVIER CEPEDA e DIAZ, CARLOS YÁÑEZ (coords.), *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valência, 2008, pp. 990 e 991; MORALEDA, JESÚS PUNZÓN e RODRIGUEZ, FRANCISCO SÁNCHEZ, *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, cit., pp. 200 e ss.; BLANCO, M^a DOLORES REGO, “Las nuevas tecnologías en la futura Ley de Contratos del Sector Público”, in PARRA, AGUSTÍN MADRID, e LEBRÓN, M.^a JESÚS GUERRERO, *Derecho Patrimonial y Tecnología – Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convénio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, cit., pp. 629 e ss.; e BLAY, MIGUEL ÁNGEL BERNAL, “Plataforma de contratación del Estado”,

Destituídas naturalmente de personalidade jurídica⁵⁷, as plataformas electrónicas traduzem, não obstante, não apenas o repositório ou arquivo de todos os documentos do procedimento pré-contratual mas também de todas as comunicações estabelecidas por via electrónica entre a entidade adjudicante e os interessados, concorrentes, candidatos ou adjudicatários, ao longo de todo esse procedimento.

Constituindo um autêntico *proceso electrónico*⁵⁸ subjacente aos contratos públicos, as plataformas electrónicas são hoje o veículo fundamental através do qual se expressa a transparência na contratação pública.

Com efeito, as entidades adjudicantes devem disponibilizar aos interessados em tais plataformas electrónicas a informação essencial concernente ao procedimento pré-contratual em causa, designadamente⁵⁹:

- a) O anúncio do procedimento;
- b) As peças do procedimento, para consulta ou acesso;
- c) Os esclarecimentos e as rectificações das peças do procedimento;
- d) As listas com indicação dos erros e omissões dos cadernos de encargos detectados pelos interessados e bem assim as decisões da entidade adjudicante sobre os erros e omissões detectados pelos interessados;
- e) As propostas dos concorrentes, as candidaturas e as soluções e o modo da sua apresentação com recurso a mecanismos de segurança, nomeadamente assinaturas electrónicas, mecanismos de encriptação e de validação cronológica;
- f) Os termos de referência do concurso de concepção;
- g) Os esclarecimentos sobre as propostas prestados a pedido do júri;
- h) Os documentos de habilitação do adjudicatário;

in VERA, JOSÉ BERMEJO e BLAY, MIGUEL ÁNGEL BERNAL (coords.), *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, 2009, pp. 472 e ss.

⁵⁷ "A plataforma electrónica não intervém enquanto entidade autónoma no procedimento de formação de contratos públicos", dispõe o n.º 1 do artigo 6.º da Portaria n.º 701-G/2008, donde resulta que efectivamente não se incluem entre os *sujeitos* do procedimento nem as plataformas nem as suas entidades gestoras, as quais, não sendo responsáveis "pelas consequências (na plataforma e sua operação) resultantes de avarias e problemas técnicos ocorridos na rede pública de telecomunicações, responde[m] (...) pelos prejuízos causados à entidade adjudicante ou aos interessados no procedimento com o mau funcionamento ou a deficiente operação da plataforma": MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, cit., p. 665. Destaque-se ainda o regime curioso de não responsabilização quer da entidade adjudicante quer da entidade gestora em caso (de força maior) de "problemas técnicos ou falhas ocorridos na rede pública que sejam alheios ao sistema em que a plataforma electrónica opera e não sejam imputáveis a nenhuma delas". Nestes casos, a entidade adjudicante deve providenciar "todas as medidas necessárias de forma que os interessados não sejam prejudicados, podendo, nomeadamente, prorrogar o prazo para a prática desses mesmos actos, o qual aproveita a todos os concorrentes e candidatos" (artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008).

⁵⁸ Cfr. AMORIM PEREIRA, DUARTE, *Informática, Direito e Administração*, cit., pp. 61 e ss.; e ORTEGA, RICARDO RIVERO, *El expediente administrativo: De los legajos a los soportes electrónicos*, Thomson-Aranzadi, 2007.

⁵⁹ Cfr. Artigos 12.º a 14.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho, artigos 1.º, 2.º, 10.º, 16.º e 21.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, e, na doutrina, ANDRADE DA SILVA, JORGE, *Diccionario dos Contratos Públicos*, cit., p. 328, e TAVARES, L. VALADARES e ROCHA, M. LOPES, *O guia da contratação pública electrónica*, cit., pp. 54 e ss.

- i) A lista dos concorrentes e dos candidatos;
- j) Relatórios de avaliação das propostas apresentadas;
- l) Registo das fases do procedimento, incluindo da adjudicação;
- m) Contratos celebrados por ajuste directo.

Vemos ainda incluída nesta obrigação de abertura e transparência protagonizada pelas plataformas electrónicas dos procedimentos de contratação pública, um dever destas em assegurar a fidedignidade e a integridade material da documentação nelas contida; mais do que uma preocupação em matéria de segurança e confidencialidade, trata-se de um dever da administração – incorporado e transmitido para a plataforma electrónica – de oferecer aos cidadãos interessados (toda a) informação verdadeira e fidedigna sobre o procedimento pré-contratual em que estejam ou pretendam estar envolvidos⁶⁰.

2.3. Princípio da equivalência

O princípio da equivalência, princípio exclusivo do domínio da contratação electrónica, pretende significar, por um lado, a *equivalência ou igualdade dos suportes* utilizados para a transmissão de documentos e demais informação concernente ao procedimento contratual e, por outro, a *igualdade no plano jurídico* das declarações emitidas por meio electrónico ou por outro qualquer meio de transmissão dito tradicional.

Pretende aludir-se, portanto, a uma “*equivalência funcional*” de um lado, isto é, a ideia de que o que é relevante é a informação em causa e não o suporte utilizado para a sua transmissão; e, do outro, a uma “*equivalência jurídica*”, reconhecendo-se plena validade jurídica em plano de igualdade à informação transmitida por meios electrónicos ou por vias tradicionais.

Oriundo, conforme acima se constatou, do Direito Internacional, mormente da Convenção das Nações Unidas sobre a utilização de comunicações electrónicas nos contratos internacionais de 2005⁶¹, o princípio da equivalência contém assim em si mesmo um duplo significado:

- a) A utilização de suportes documentais físicos, escritos, autógrafos ou orais permite, em condições de equivalência, o preenchimento da mesma função ou pressupostos que a utilização de suportes electrónicos, independentemente do conteúdo, dimensão, alcance e finalidade do acto incorporado no respectivo suporte;

⁶⁰ Sustentando a existência de um autónomo “princípio da fidedignidade”, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, ob. cit., pp. 662 e 663.

⁶¹ Mormente artigos 8.º e 9.º, da Convenção. É, todavia, admissível a recondução deste Princípio à Lei Modelo sobre Comércio Electrónico da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) de 16 de Dezembro de 1996, em cujo artigo 5.º se encontra formulado um preceito com redacção similar à do artigo 8.º da Convenção.

b) A produção de efeitos jurídicos das declarações emitidas verifica-se com independência do suporte utilizado para a exteriorização da declaração⁶².

Ao nível do Direito comunitário, encontramos referência a este Princípio em duas normas fundamentais⁶³: por um lado, a Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000; por outro, a Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004⁶⁴.

De acordo com a Directiva 2000/31/CE, com efeito, *“os Estados-Membros assegurarão que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios electrónicos. Os Estados-Membros assegurarão, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos, nem tenha por resultado a **privação de efeitos legais ou de validade** desses contratos, pelo facto de serem celebrados por meios electrónicos”*⁶⁵.

Por seu turno, o fulcral Considerando 35 da Directiva 2004/18/CE recorda que *“tendo em conta as novas tecnologias da informação e das comunicações (...), importa **colocar a utilização de meios electrónicos em igualdade de circunstâncias com a utilização dos meios clássicos de comunicação e de intercâmbio de informações**”*.

Ao nível do direito português, pode dizer-se que o princípio da equivalência subjaz a todo o direito da contratação pública electrónica tal como acolhido pelo Código dos Contratos Públicos, sendo afluído na sua Exposição de Motivos⁶⁶ e pugnado, sob a veste de uma “opção legislativa tecnológica”, nos respectivos diplomas legais regulamentadores, concretamente, o Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho e a Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho⁶⁷.

2.4. Princípio da liberdade de forma

⁶² Cfr. ORTIZ, RAFAEL ILLESCAS, *Derecho de la contratación electrónica*, cit., pp. 39 e ss.; e PARRA, AGUSTÍN MADRID, *“El Convenio de Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica”*, cit., pp. 66 e ss.

⁶³ O princípio da equivalência é também reconhecido no âmbito comunitário no domínio do direito da responsabilidade civil, com o sentido de que as regras processuais vigentes no ordenamento jurídico dos Estados-Membros não podem ser menos favoráveis do que as previstas em sede de acção de responsabilidade civil por violação do Direito da União: cfr., por todos, o Acórdão do TJCE de 26 de Janeiro de 2010 no assunto *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL contra Administración del Estado* (Proc. C-118/08).

⁶⁴ No seguimento, conforme se constatou *supra*, da Comunicação da Comissão Europeia sobre o papel da Administração Electrónica (*e-Government*) no futuro da Europa, de 26 de Setembro de 2003, que já aludia a este Princípio.

⁶⁵ Artigo 9.º, n.º 1, da Directiva mencionada.

⁶⁶ *“O CCP prossegue o objectivo da simplificação da tramitação procedimental pré-contratual através da aposta nas novas tecnologias de informação. Introduce -se, a título principal, uma adequada participação procedimental através de meios electrónicos. É fundamental, num quadro em que o Governo pretende promover a desburocratização, que a contratação pública seja desmaterializada — o que obriga, entre outras coisas, à criação de um sistema alternativo ao clássico papel, fundando as comunicações em vias electrónicas. Desta forma, assegura-se ainda um importante encurtamento dos prazos procedimentais, tanto reais quanto legais”*.

⁶⁷ Conforme se teve já oportunidade de abordar, as “plataformas electrónicas” foram eleitas pelo legislador como a infra-estrutura preferencial na qual se desenrola toda a tramitação dos procedimentos de contratação pública: cfr. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008 e artigos 5.º e 7.º, da Portaria n.º 701-G/2008.

Tratando-se igualmente de um princípio originário do Direito Internacional produzido pelas Nações Unidas, pretende significar que, como regra geral, nenhum obstáculo existe à celebração de contratos públicos por meios electrónicos, não sendo necessária para esse efeito qualquer declaração de vontade expressa ou implícita, bastando o comportamento ou conduta das partes nesse sentido.

O artigo 9.º, n.º 1, da Convenção das Nações Unidas sobre a utilização de comunicações electrónicas nos contratos internacionais de 2005 era claro na afirmação deste princípio: “*Nada nesta Convenção impõe qualquer exigência de forma nas comunicações a realizar ou nos contratos a celebrar*”; assim também o era o n.º 2 do artigo 8.º da mesma Convenção: “*Nada nesta Convenção impõe a qualquer Parte Contratante o uso ou aceitação de comunicações electrónicas, mas o acordo das Partes em tal utilização ou aceitação pode ser inferida a partir da sua conduta*”.

No direito português, como vimos, assume-se que a plataforma electrónica nos procedimentos pré-contratuais, enquanto “*peça essencial da arquitectura global do novo regime de contratação pública*”, é o instrumento preferencial através do qual se processam todas as comunicações e se carregam todos os documentos procedimentais exigidos pelas respectivas peças do procedimento pré-contratual. Pode assim afirmar-se que o nosso direito concretiza um propósito de *preferência* ou *progressiva consolidação dos meios electrónicos* nos procedimentos pré-contratuais públicos, que vem acompanhado da necessidade de respeito por determinados pressupostos de ordem técnica⁶⁸ e de novos desafios de segurança e confidencialidade⁶⁹.

A escolha dos meios electrónicos a utilizar em cada procedimento é uma decisão atribuída à entidade adjudicante, de acordo com o que a lei portuguesa designa por **princípio da liberdade de escolha das plataformas electrónicas**⁷⁰ embora esta liberdade esteja dependente do tipo de procedimento, da complexidade do mesmo, ou do volume de informação a transferir e armazenar através das plataformas. A previsão legal e expressa deste princípio afigura-se-nos dispensável⁷¹, porquanto tal “regra-liberdade” não prescinde do cumprimento dos requisitos legais, técnicos e de segurança, bem como dos princípios

⁶⁸ Assim, por exemplo, prevê-se que “*a entidade adjudicante pode fazer exigências quanto a características dos ficheiros que contêm os documentos que constituem as propostas apresentadas pelos concorrentes nas plataformas electrónicas, devendo para o efeito incluir as respectivas especificações no programa do procedimento*” (artigo 15.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho).

⁶⁹ Ainda sobre a liberdade de forma no âmbito da actividade administrativa cumpre mencionar o Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, o qual “*define os princípios gerais de acção a que devem obedecer os serviços e organismos da Administração Pública na sua actuação face ao cidadão, bem como reúne de uma forma sistematizada as normas vigentes no contexto da modernização administrativa*” e bem assim o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril, que “*regula a validade, eficácia e valor probatório dos documentos electrónicos, a assinatura electrónica e a actividade de certificação de entidades certificadoras estabelecidas em Portugal*”, bem como a análise de amplos os diplomas, realizada em articulação com as regras previstas nos artigos 74.º e 79.º do Código de Procedimento Administrativo, DUARTE AMORIM PEREIRA, *Informática, Direito e Administração*, cit., pp. 56 e ss.

⁷⁰ Artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho.

⁷¹ Na verdade, a norma pode suscitar desde logo uma dúvida quanto ao alcance da liberdade de escolha das plataformas electrónicas: o facto de ser livre esta escolha não significa que seja *livre* o processo de adjudicação do serviço de plataforma electrónica, uma vez que se mantém a aplicação a estes casos das regras de escolha dos procedimentos de formação dos contratos, como bem notam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, ob. cit., pp. 652 e 653.

gerais de contratação pública electrónica, de que depende o funcionamento das plataformas electrónicas, para que estas assegurem a realização dos objectivos inerentes ao procedimento em questão. Assim, a liberdade atribuída pela norma legal em causa só conhece verdadeira aplicação prática quanto às plataformas que não cumpram aquelas exigências, sendo por isso a liberdade aqui em causa meramente formal, pois parte do pressuposto da utilização (correcta e eficiente) das plataformas electrónicas.

2.5. Princípio da não discriminação

O princípio da não discriminação constitui, como se sabe, uma directa derivação do princípio da igualdade, entendido como um princípio estruturante do Estado de Direito Democrático e do sistema constitucional global⁷². Assim, a par da sua consagração expressa no nosso texto fundamental⁷³, o princípio da igualdade tem sido largamente dissecado pela doutrina e pela jurisprudência, tratando-se aliás de um dos princípios com maior longevidade constitucional de entre os princípios constitucionais fundamentais⁷⁴.

Necessariamente, o princípio da igualdade surge assim igualmente erigido como princípio geral do Direito Administrativo⁷⁵, entendendo-se que uma das suas vertentes, a par da obrigação de diferenciação de situações diferentes, consiste justamente na *proibição de discriminação*, isto é, no estabelecimento de uma identidade ou diferenciação de tratamento para a qual, à luz do objectivo que com ela se visa prosseguir, não existe justificação material objectiva e racional bastante⁷⁶.

Não admira, por conseguinte, que o princípio da não discriminação seja objecto de aplicação de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, sobretudo em matéria de discriminação em função da nacionalidade⁷⁷ ou da idade⁷⁸, reforçando aquele Alto Tribunal

⁷² Cfr. CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 1993, p. 125.

⁷³ Nos termos do n.º 2 do artigo 13.º da nossa Constituição, o princípio da igualdade implica que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

⁷⁴ Cfr., por todos, na doutrina, NOVAIS, JORGE REIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, pp. 101 e ss. e, na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 232/2003, de 13 de Maio de 2003 (Proc. n.º 306/03), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

⁷⁵ Cfr. artigos 266.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa. O n.º 1 do artigo 5.º do Código de Procedimento Administrativo prescreve que “nas suas relações com os particulares, a Administração Pública deve reger-se pelo princípio da igualdade, não podendo privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum administrado em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.”

⁷⁶ Cfr. FREITAS DO AMARAL, DIOGO, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2007, pp. 123 e ss.; na jurisprudência, vide, entre nós, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Outubro de 2004 (Proc. n.º 01710/02), disponível em <http://www.dgsi.pt> e, no âmbito comunitário, o Acórdão do TJCE de 8 de Outubro de 2000 no assunto *Peter Überschar contra Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*.

⁷⁷ Por exemplo, o Acórdão do TJCE de 27 de Outubro de 2009 no assunto *Land Oberösterreich contra ČEZ as*.

⁷⁸ Cfr., mais recentemente, o Acórdão de 19 de Janeiro de 2010 no assunto *Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG*.

que se trata, antes de tudo, de um “princípio basilar do Direito Comunitário”⁷⁹, a par de um “eixo central da contratação pública”⁸⁰.

Quando aplicado no domínio da contratação pública, entende-se tradicionalmente que está em causa, concretamente, um tratamento não discriminatório dos concorrentes ou candidatos por parte da entidade adjudicante, devendo as respectivas propostas ser apreciadas enquanto tal e não apenas em função do seu mérito objectivo⁸¹.

Por seu turno, especificamente no domínio da contratação pública electrónica, o princípio da não discriminação encontra a sua primeira expressão nos acima citados Considerando 35 e n.º 2 do artigo 42.º, ambos da Directiva 2004/18/CE, segundo os quais “o meio de comunicação [electrónica] escolhido deverá estar **geralmente disponível** e, por conseguinte, **não poderá restringir** o acesso dos operadores económicos ao processo de adjudicação”.

O n.º 4 do artigo 42.º da mesma Directiva prescreve igualmente que “os instrumentos a utilizar para a comunicação por meios electrónicos, bem como as suas especificações técnicas, **não devem ser discriminatórios**, devem estar em geral **disponíveis** e ser compatíveis com os produtos de uso corrente no domínio das tecnologias da informação e da comunicação”.

Ou seja, o princípio da não discriminação aplicado à contratação pública electrónica significa que os meios de comunicação escolhidos não podem servir de fundamento para discriminar determinado operador económico em face de outro, visando lograr que os procedimentos pré-contratuais que sejam tramitados por meios electrónicos garantam o acesso e a disponibilidade de tais meios a todos os interessados, não impondo a estes com tal fim quaisquer restrições ou encargos desproporcionais⁸², por forma a que seja tanto quanto possível generalizada a utilização da contratação pública electrónica.

Em extrema síntese, do que se trata é de evitar que a utilização de meios electrónicos produza um efeito de fragmentação do mercado europeu de contratação pública, impedindo que apenas certas e determinadas empresas detentoras de tais tecnologias sejam

⁷⁹ Trata-se, de resto, de um princípio fundamental consagrado no artigo 2.º e no n.º 3 do artigo 3.º, ambos do Tratado da União Europeia, e no artigo 18.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Encontra-se ademais previsto no artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. De resto, conforme se teve oportunidade de referir, trata-se de um princípio originário do *Tratado constitutivo da Organização Mundial de Comércio* (OMC) de 15 de Abril de 1994, nomeadamente do *Acordo anexo sobre Contratos Públicos* (*Agreement on Government Procurement*) e, ao nível do direito comunitário, do *Livro Verde da Comissão sobre a contratação pública na União Europeia: Reflexões para o futuro*, de 27 de Novembro de 1996. Cfr. ainda VIANA, CLÁUDIA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, cit., pp. 111 e ss.

⁸⁰ Cfr. ANDRADE DA SILVA, JORGE, *Dicionário dos Contratos Públicos*, cit., pp. 349 e 350. Este princípio aplicado à contratação. De resto, no regime actual, o princípio da igualdade encontra-se expressamente reconhecido como princípio geral da contratação pública, no n.º 4 do artigo 1.º do CCP.

⁸¹ Cfr. REBELO DE SOUSA, MARCELO, *O concurso público na formação do contrato administrativo*, Lex, Lisboa, 1994, p. 23.

⁸² A legislação portuguesa distingue entre o **princípio da disponibilidade** e o **princípio da não discriminação e livre acesso**, nos artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, adiante citados. Não nos parece todavia que tal qualificação legal impeça a classificação que propomos no texto, até porque, como o próprio legislador admite, o *princípio da disponibilidade* destina-se, em última análise, a impedir que a falta dela constitua “um factor de restrição no acesso dos potenciais interessados ao processo de formação do contrato”, no n.º 1 do artigo 4.º do diploma mencionado.

tortuosamente admitidas a participar nesse mercado⁸³. Neste sentido, o princípio da não discriminação equivale neste âmbito a um princípio de “anti-brecha digital” ou *digital divide*⁸⁴, no sentido de que ninguém poderá ser discriminado em razão da evolução tecnológica, devendo a todos ser assegurado o acesso às novas tecnologias em condições de plena igualdade.

O princípio da não discriminação encontra-se de resto subjacente ao nosso regime actual de contratação pública⁸⁵, estando nomeadamente previsto no diploma legal regulamentador do Código dos Contratos Públicos.

Na verdade, o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho consagra que “as plataformas electrónicas escolhidas para a realização das comunicações, trocas e arquivo de informações previstos no Código dos Contratos Públicos devem encontrar-se generalizadamente disponíveis, não podendo constituir-se como um factor de restrição no acesso dos potenciais interessados ao processo de formação do contrato” (n.º 1), prevendo o mesmo preceito igualmente que “o acesso às plataformas electrónicas e aos instrumentos deve encontrar-se permanentemente disponível a todos os interessados, salvo nos casos em que as limitações de acesso se justifiquem por razões de manutenção ou avaria dos sistemas” (n.º 2).

No mesmo sentido, o artigo 5.º do mesmo diploma legal revela importantes manifestações do mesmo princípio:

- a) “os instrumentos a utilizar nas plataformas electrónicas e disponibilizados aos interessados, candidatos ou concorrentes, nomeadamente produtos, aplicações e programas informáticos, bem como as suas especificações técnicas, não podem ser discriminatórios, devendo ser compatíveis com os produtos de uso corrente no domínio das tecnologias da informação e da comunicação”;
- b) “as entidades gestoras das plataformas electrónicas não podem exigir, para efeitos de acesso ao sistema de contratação da plataforma electrónica, o cumprimento de requisitos injustificados, não proporcionais ou que, de forma alguma, consubstanciem um factor de discriminação”;
- c) “A entidade gestora da plataforma electrónica não pode cobrar aos interessados, candidatos e concorrentes, qualquer quantia pelo acesso ao sistema de contratação electrónico disponibilizado na plataforma electrónica e para a utilização das funcionalidades estritamente necessárias à realização de um procedimento de formação de um contrato público total e completo”;
- d) “As aplicações e programas informáticos utilizados nas plataformas electrónicas devem, sempre que possível, ser de fácil instalação e utilização, permitindo o acesso a um utilizador normal com conhecimentos médios nos domínios das tecnologias da informação

⁸³ Cfr. CÓRCOLES, ISABEL GALLEGU, “Contratación pública electrónica”, in MORALEDA, JESÚS PUNZÓN (coord.), *Administraciones Públicas y Nuevas Tecnologías*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 243; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, cit., p. 657.

⁸⁴ Sobre o conceito de *digital divide*, cfr. AMORIM PEREIRA, DUARTE, *Informática, Direito e Administração*, cit., p. 23, nota 44, e bibliografia aí indicada.

⁸⁵ O princípio da não discriminação já se encontrava previsto na anterior legislação portuguesa de contratação pública, embora sem o alcance, a importância e a actualidade que hoje merece (*supra*, p.6, nota 3, *in fine*).

e comunicação”.

Em síntese, decorre do princípio da não discriminação que os interessados na contratação pública deverão dispor de iguais condições de acesso às plataformas electrónicas e respectivos instrumentos, aplicações e programas, não podendo ser objecto de quaisquer restrições injustificadas pela mera utilização de tais meios electrónicos.

2.6. Princípio da eficiência

O princípio da eficiência constitui, como é sabido, um princípio geral de Direito Administrativo destinado a reforçar a necessidade de uma estrutura organizatória da administração que prime pela desburocratização, celeridade simplicidade, informalidade e economia de meios, tanto quanto possível⁸⁶.

Como vimos, o *Tratado constitutivo da Organização Mundial de Comércio* (OMC) de 15 de Abril de 1994, nomeadamente, o anexo *Acordo sobre Contratos Públicos* (*Agreement on Government Procurement*) veio prever inovatoriamente a ideia de que os procedimentos de contratação pública devem ser igualmente céleres e eficientes, suscitando para o efeito a necessidade de previsão de “*tempos-limite*” para a apresentação de propostas.

No mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre a utilização de comunicações electrónicas nos contratos internacionais, de 23 de Novembro de 2005, realçou que “o crescente uso de comunicações electrónicas **augmenta a eficiência** das actividades comerciais”.

Neste seguimento, as sucessivas normas comunitárias em matéria de contratação pública reiteraram a possibilidade, conferida pelo crescente uso das tecnologias de informação e comunicação na contratação pública, de se encurtarem os respectivos prazos procedimentais, logrando com isso a máxima eficiência, desburocratização e celeridade dos trâmites prévios à outorga dos contratos⁸⁷.

Em especial, a Directiva 2004/18/CE reconheceu, no seu Considerando 38, que “a utilização de meios electrónicos permite **economizar tempo**. Por isso, são de prever **reduções nos prazos mínimos** em caso de utilização desses meios (...)”, como as que se vieram a prever no artigo 38.º, n.º s 5 e 6, da mesma Directiva⁸⁸.

⁸⁶ Refira-se os artigos 10.º e 57.º do Código de Procedimento Administrativo, inspirados no artigo 267.º, mormente n.ºs 1 e 5, da Constituição Portuguesa.

⁸⁷ Referimo-nos, nomeadamente, ao Livro Verde da Comissão sobre a contratação pública na União Europeia: Reflexões para o futuro, de 27 de Novembro de 1996 e bem assim à Comunicação da Comissão Europeia sobre o papel da Administração Electrónica (*e-Government*) no futuro da Europa, de 26 de Setembro de 2003, nos termos expostos no Capítulo precedente.

⁸⁸ Destaca-se a possibilidade, prevista no n.º 6 do artigo 38.º da Directiva, de redução de cinco dias nos prazos de recepção das propostas no caso de “a entidade adjudicante oferecer acesso livre, directo e completo, por meios electrónicos, ao caderno de encargos e a todos os documentos complementares a partir da data de publicação do anúncio”.

De facto, a redução dos prazos procedimentais em caso de utilização de meios electrónicos prende-se, justamente, com a imediatez do meio de comunicação utilizado, o qual dispensa, assim, a intervenção humana e, conseqüentemente, os custos e o tempo associados.

Assim é que o nosso legislador, reconhecendo estas vantagens associadas à utilização de meios electrónicos na contratação pública, não deixou igualmente de prever expressamente a consequência da redução dos prazos procedimentais em homenagem ao princípio da eficiência⁸⁹, a par da instituição genérica das plataformas electrónicas já abordadas.

Encontramos pois no articulado do CCP algumas normas contempladoras de reduções dos prazos mínimos, designadamente para apresentação de propostas ou candidaturas, nos casos em que os respectivos anúncios hajam sido enviados para publicação por meios electrónicos: redução em até 7 dias, nos concursos públicos sem publicidade internacional, nos concursos limitados por prévia qualificação com publicidade internacional e bem assim nos procedimentos de negociação⁹⁰.

Certo é que a utilização de tecnologias de informação e comunicação favorece a eficiência dos procedimentos pré-contratuais, pelo seu carácter de imediatez e desmaterialização, permitindo que aqueles se desenrolem de uma forma mais célere e com maior racionalização de tempo e de recursos.

2.7. Princípio da segurança e da confidencialidade

A introdução das tecnologias de informação e comunicação na contratação pública envolve uma acrescida preocupação com a segurança e a confidencialidade que devem presidir ao procedimento⁹¹, bem como com a adequada identificação dos respectivos interessados.

Assim, o Considerando 37 da Directiva 2008/18/CE advertiu para a necessidade da “*utilização de assinaturas electrónicas, e em particular de assinaturas electrónicas avançadas*” devendo esta “*na medida do possível, ser incentivada*” por forma a assegurar a “**segurança e confidencialidade**” dos concursos públicos. A Directiva previu para o efeito regras específicas referentes à participação nos procedimentos de contratação no artigo 42.º, n.º 5 e bem assim no seu Anexo X.

Tal exigência foi reiterada pela nossa legislação, em particular no diploma regulamentar do Código dos Contratos Públicos.

⁸⁹ No Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, pode efectivamente ler-se que “o CCP prossegue o objectivo da simplificação da tramitação procedimental pré -contratual através da aposta nas novas tecnologias de informação”, sobretudo mediante a “criação de um sistema alternativo ao clássico papel, fundando as comunicações em vias electrónicas”, [permitindo-se], “desta forma (...) **um importante encurtamento dos prazos procedimentais, tanto reais quanto legais**”.

⁹⁰ Vide, respectivamente, artigos 135.º, n.º 3, 174.º, n.º 3 e 198.º, n.º 3, todos do CCP.

⁹¹ Sobre o assunto em geral, cfr. RUANO, TRINIDAD VASQUEZ, “La seguridad electrónica en la fase precontractual. Un apunte desde el Derecho Comunitário”, in PARRA, AGUSTÍN MADRID e LEBRÓN, M.º JESÚS GUERRERO, *Derecho Patrimonial y Tecnología – Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convénio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, cit., pp. 251 e ss.

De facto, o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 28 de Julho, proclama em tese geral o princípio segundo o qual “*as plataformas electrónicas disponibilizam meios de segurança tecnológica adequados a garantir a confidencialidade e integridade dos dados submetidos de forma a que ninguém possa ter acesso aos dados e informações que constem de documentos apresentados pelos candidatos ou pelos concorrentes antes das datas limite para a prática dos actos nos diversos procedimentos de formação do contrato*”.

Assim, e como consequência do princípio citado:

- a) as plataformas electrónicas deverão *encriptar* ou *codificar* os documentos electrónicos oferecidos pelos concorrentes, por forma a garantir que nenhum terceiro tenha acesso aos mesmos⁹²;
- b) as plataformas electrónicas deverão implementar *sistemas de segurança* que permitam identificar mensagens que possam causar danos ao sistema ou aos dispositivos de recepção de dados, devendo, para o efeito, disponibilizar na plataforma electrónica informações acerca dos mecanismos de detecção daquele tipo de mensagens, em particular de vírus informáticos⁹³;
- c) A plataforma electrónica deverá integrar um *sistema de aviso de recepção electrónico* que comprove o envio bem sucedido dos documentos que constituem a proposta, a candidatura ou as soluções, bem como a data e hora da submissão⁹⁴;
- d) As plataformas electrónicas devem implementar mecanismos que garantam a *confidencialidade* dos concorrentes ou candidatos, até ao momento da abertura das propostas, candidaturas ou soluções, consoante o caso⁹⁵;
- e) As propostas, candidaturas e soluções devem ser autenticadas através de *assinaturas electrónicas* cujo nível de segurança exigido, salvo razão justificada, deve corresponder ao nível mais elevado que, em termos tecnológicos, se encontre generalizadamente disponível à data da sua imposição⁹⁶.

⁹² Artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008 e artigos 17.º e 29.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho.

⁹³ Artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008 e artigo 34.º da Portaria n.º 701-G/2008.

⁹⁴ Cfr. Artigo 170.º, n.º 2, do CCP, Artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008 e artigo 28.º da Portaria n.º 701-G/2008. Sobre a matéria atinente ao “*time stamping*” na contratação pública electrónica e os problemas que suscita, vide TAVARES, L. VALADARES e ROCHA, M. LOPES, *O guia da contratação pública electrónica*, cit., pp. 58 e 59 e 75 a 78 e MORALEDA, JESÚS PUNZÓN e RODRIGUEZ, FRANCISCO SÁNCHEZ, *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, cit., pp. 86 e ss. Interpretando o paralelo artigo 10.º da Convenção das Nações Unidas sobre a utilização de comunicações electrónicas nos contratos internacionais de 2005, cfr. PARRA, AGUSTÍN MADRID, “El Convenio de Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica”, in PARRA, AGUSTÍN MADRID e LEBRÓN, M.ª JESÚS GUERRERO, *Derecho Patrimonial y Tecnología – Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, cit., pp. 81 e ss. Também a Directiva 2000/31/CE contém um regime específico relativamente aos *recibos electrónicos* comprovativos das comunicações entre as Partes, para cuja análise se pode consultar ORTIZ, RAFAEL ILLESCAS, *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, 2001, cit., pp. 242 e ss.

⁹⁵ Artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008.

⁹⁶ Artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008 e artigos 26.º e 27.º, da Portaria n.º 701-G/2008. O quadro jurídico actualmente vigente relativo às assinaturas electrónicas consta, ao nível comunitário, da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro e, no direito português, do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, na sua redacção actual. É abundante a doutrina sobre a matéria das assinaturas electrónicas: a par de TAVARES, L. VALADARES e ROCHA, M. LOPES, *O guia da contratação pública electrónica*, cit., pp. 67 e ss., remete-se para as abundantes referências indicadas noutra oportunidade em AMORIM PEREIRA, DUARTE, *Informática, Direito e Administração*, cit., p. 59 e nota 138.

Ao receio apontado como principal travão à actual expansão das tecnologias de informação e comunicação deve, pois, dar-se resposta cabal mediante a criação de adequados mecanismos de segurança que permitam, no âmbito concreto da contratação pública, salvaguardar a confidencialidade, integridade e autoria inerente à apresentação de propostas por parte dos interessados.

No caso de ser violado por um interessado, candidato ou concorrente qualquer dos meios utilizados para garantir a segurança e confidencialidade do procedimento, a consequência poderá partir da mera suspensão do procedimento – até que se apure a autoria e causa da violação – até uma decisão ou de readmissão de propostas (quando a violação resulte de erro imputável à entidade adjudicante que não afecte a concorrência) ou de anulação de todo o procedimento (quando a informação confidencial ou o documento classificado tiver chegado ao conhecimento de terceiros no decurso do procedimento) ⁹⁷.

2.8. Princípio da interoperabilidade

Tal como a “eficiência” da actividade administrativa, também a interoperabilidade constitui um *pressuposto organizacional* da administração dita electrónica: trata-se do meio através do qual se logra atingir a interconexão e compatibilidade⁹⁸ de sistemas, informação e formas de trabalhar, não só entre as distintas administrações ou departamentos governamentais como também com o sector empresarial e os cidadãos em geral⁹⁹.

Assumido no ordenamento jurídico comunitário desde a Comunicação da Comissão sobre o Plano de Acção para a aplicação do quadro jurídico no domínio dos contratos de direito público por via electrónica, de 29 de Dezembro de 2004, a interoperabilidade é porventura o maior desafio que, em matéria de utilização de tecnologias de informação e comunicação, se coloca hoje às administrações públicas, podendo ser responsável por uma autêntica mudança de paradigma da administração pública e, inclusive, da própria democracia participativa¹⁰⁰. Na verdade, à medida em que a convergência tecnológica¹⁰¹ se torna uma realidade, através da progressivamente maior facilidade de interacção por meios

⁹⁷ Neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, cit., pp. 661 e 662.

⁹⁸ Alguns Autores, referindo-se à exigência da compatibilidade dos programas e aplicações electrónicas, aludem a um princípio autónomo de “neutralidade tecnológica”, como é o caso de ORTIZ, RAFAEL ILLESCAS, “Los principios de la contratación electrónica, revisitados”, in PARRA, AGUSTÍN MADRID e LEBRÓN, M.ª JESÚS GUERRERO, *Derecho Patrimonial y Tecnología – Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, cit., p. 37.

⁹⁹ PINA, ANTÓNIO JOÃO PIRES, “Interoperabilidade de plataformas para a Administração Pública Electrónica”, in INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO, *A Sociedade da Informação e a Administração Pública*, Oeiras 2005, pp. 47 e ss. Para mais desenvolvimentos sobre este conceito, cfr. AMORIM PEREIRA, DUARTE, *Informática, Direito e Administração*, cit., pp. 45 e 46.

¹⁰⁰ Cfr. USERO, JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ e NAVARRA, PABLO LARA, *La interoperabilidad de la información*, Barcelona, 2007.

¹⁰¹ Advertindo porém para os riscos de uma “cultura de convergência” dos meios de comunicação, cfr. HENRY JENKINS, *Convergence Culture: where old and new media collide*, New York University Press, 2006.

electrónicos compatíveis entre si, pode concretizar-se mais fielmente a generalizada acessibilidade dos cidadãos à actividade pública, incrementando consequentemente o seu papel participativo nos processos de tomada de decisão e adjudicação¹⁰².

Para efeitos da contratação pública electrónica, entende-se por interoperabilidade “a capacidade das plataformas electrónicas para permutar informação ou prestar serviços, directamente e de forma satisfatória, entre os respectivos sistemas e os seus utilizadores, bem como operar com eles de forma efectiva”.

Afortunadamente, o legislador português não só definiu o que se deve entender por interoperabilidade na contratação pública electrónica mas também impôs a necessidade da sua efectividade, consagrando que “as plataformas electrónicas devem ter a capacidade para permitir o intercâmbio de dados, nomeadamente entre diferentes formatos e aplicações ou entre níveis diferentes de desempenho” e que “os instrumentos e programas a utilizar nas plataformas electrónicas devem poder funcionar e interagir com equipamentos e aplicações de uso comum”¹⁰³.

Foi por isso dado um passo importante entre nós no sentido da concretização da interoperabilidade na administração pública em geral e na contratação pública em especial.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, PAULA RIBEIRO, *Contrato de seguro à distância – O contrato electrónico*, Almedina, 2009

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2007

ARROWSMITH, SUE, *Government procurement in the WTO*, Kluwer Law International, 2003

BANDERA, SABINA, “Nuove tecnologie della comunicazione e attività della Pubblica Amministrazione”, in MARCO CUNIBERTI (coord.), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Giuffrè, 2008, pp. 295 e ss

BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL, “Plataforma de contratación del Estado”, in JOSÉ BERMEJO VERA e MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY (coords.), *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, 2009, pp. 472 e ss

CASSESE, SABINO, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, 2009, Giulio Einaudi editore s.p.a., Torino

¹⁰² Aludindo a uma certa mudança de paradigma no exercício de direitos democráticos resultante da progressiva introdução das tecnologias de informação e comunicação, vide CUNIBERTI, MARCO “Nuove tecnologie della comunicazione e trasformazioni della democrazia”, in CUNIBERTI, MARCO (coord.), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, cit., pp. 343 e ss. Sobre, em particular, o voto electrónico, vide por todos LUIS M. GONZÁLEZ DE LA GARZA, *Voto electrónico por internet, Constitución y riesgos para la democracia*, Edisofer, Madrid, 2008.

¹⁰³ Artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho.

CANOTILHO, GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a Edição revista, Coimbra Editora, 1993

CEPEDA MORRÁS, JAVIER, YÁÑEZ DIAZ, CARLOS (coords.), *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valência, 2008

CORREIA, MIGUEL PUPO, "Assinatura electrónica e certificação digital", *Direito da Sociedade da Informação*, Volume VII, Coimbra Editora, 2008

CRUZ RIVERO, DIEGO, *La Firma electrónica reconocida (Análisis de los requisitos del artículo 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica)*, Colegios Notariales de España, 2006

CUNIBERTI, MARCO, "Nuove tecnologie della comunicazione e trasformazioni della democrazia", in MARCO CUNIBERTI (coord.), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Giuffrè, 2008

CUNHA, LUÍS ARRIAGA DA, "Sistemas de informação e plataformas tecnológicas", in *A Sociedade da Informação e a Administração Pública*, Instituto Nacional de Administração, Oeiras, 2005

GONZÁLEZ DE LA GARZA, LUIS M., *Voto electrónico por internet, Constitución y riesgos para la democracia*, Edisofer, Madrid, 2008

DELLA TORRE, MASSIMILIANO, *Diritto e Informatica*, Giuffrè, Milão, 2007

DI GIORGI, ROSA MARIA, "L'informatica nell'attività della Pubblica Amministrazione", in RENATO BORUSSO, ROSA MARIA DI GIORDI, LEONELLO MATTIOLI e MÁRIO RAGONA, *L'informatica del diritto*, Seconda edizione, Giuffrè, Milão, 2007

DOMINGO, RAFAEL, *The New Global Law*, Cambridge University Press, 2010

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, "A transposição das Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março, e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006

— *Direito Europeu dos Contratos Públicos (Um olhar português...)*, Almedina, 2006

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, JOSÉ MARIA, *Contratación Pública*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2008

FESTAS, DAVID DE OLIVEIRA, "A contratação electrónica automatizada", *Direito da Sociedade da Informação*, Volume VI, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, 2006, pp. 411 e ss.

FIorenzano, SERGIO, "Il Diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la Legge 11 Febbraio 2005, N. 15: Nuove regghe sostanziali e giustiziali", in FRANCESCO MERLONI (coord.), *La Trasparenza Amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 463 e ss

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, "Contratación Pública Electrónica", in JESÚS PUNZÓN MORALED A (coord.), *Administraciones Públicas y Nuevas Tecnologías*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2005

GAMERO CASADO, EDUARDO, VALERO TORRIJOS, JULIÁN (coords.), *La Ley de Administración Electrónica – Comentário sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de Junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009

GONÇALVES, PEDRO, "Contratação pública electrónica", in *Direito da Sociedade de Informação*, Volume VI, Coimbra Editora, 2006

ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL, *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, 2001

— "Los Principios de la contratación electrónica, revisitados", in AGUSTÍN MADRID PARRA e M.^a JESÚS GUERRERO LEBRÓN, *Derecho Patrimonial y Tecnología – Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convénio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, Marcial Pons, 2007

JENKINS, HENRY, *Convergence Culture: where old and new media collide*, New York University Press, 2006.

LESSIG, LAWRENCE, *Code version 2.0*, Basic Books, 2006

MADRID PARRA, AGUSTÍN, "El Convenio de Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica", in AGUSTÍN MADRID PARRA e M.^a JESÚS GUERRERO LEBRÓN, *Derecho Patrimonial y Tecnología – Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convénio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, Marcial Pons, 2007

MAGÁN PERALES, JOSÉ MARIA ARISTÓTELES, "La nueva Administración Pública Electrónica, las relaciones electrónicas entre la Administración y el ciudadano. Especial referencia a la firma electrónica", in JESÚS PUNZÓN MORALEDA (coord.), *Administraciones Públicas e nuevas tecnologías*, Editorial Lex Nova, 2005

MARTÍNEZ NADAL, A., *Comentarios a la Ley 59/2003, de firma electrónica*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004

MARTÍNEZ USERO, JOSÉ ÁNGEL, LARA NAVARRA, PABLO, *La interoperabilidad de la información*, Barcelona, 2007

MERLONI, FRANCESCO (coord.), *La Trasparenza Amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2008

MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO DE, "Regulación de la firma electrónica: balance y perspectivas", *Direito da Sociedade da Informação*, Volume V, Coimbra Editora, 2004

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – GABINETE DE POLÍTICA LEGISLATIVA E PLANEAMENTO, *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, Coimbra Editora, 2005

MONTEIRO, JORGE SINDE, "Assinatura electrónica e certificação", *Direito da Sociedade da Informação*, Volume III, Coimbra Editora, 2002

MORAIS, CARLOS BLANCO DE, "Breve introdução ao regime jurídico das comunicações electrónicas no Direito Comunitário e Português", in *Estudos Jurídicos e Económicos em*

Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Volume I, FDUL, Coimbra Editora, 2006

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, "La utilización de medios electrónicos en la contratación pública", in MODESTO FABRA VALLS e JOSÉ LUIS BLASCO DÍAZ, *La Administración Electrónica en España: Experiencias y perspectivas de futuro*, Universitat Jaume I, Estudis Jurídics, Núm. 12, 2007, pp. 126 e ss

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, PLEITE GUADAMILLAS, FRANCISCO, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público (Estudio sistemático)*, 2.ª Edición, La Ley, 2009

NOVAIS, JORGE REIS, *Os Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE, GONÇALVES, PEDRO, PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª Edição, 1999

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE/OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa – das Fontes às Garantias*, Almedina, 2003

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE/OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011

OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, "Os princípios gerais da contratação pública", in *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, 2008

ORTEGA CARCELÉN, MARTÍN, *Derecho Global*, Apyo, Madrid, 2012

ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO, "La regulación de Internet", *Revista de Derecho Informático Alfa-Redi*, n.º 61, 2003

PALOMAR OLMEDA, ALBERTO, *La actividad administrativa efectuada por Medios Electrónicos*, Thomson-Aranzadi, 2007

PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, 1999

PEREIRA, DUARTE AMORIM, *Informática, Direito e Administração*, Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Março 2009

— *Sobre a aplicação do princípio da boa fé no Direito Administrativo*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008

PEREIRA, JOEL TIMÓTEO RAMOS, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004

PEREIRA, MANUEL JOÃO, "A Sociedade da Informação e a Administração Pública: desafios e oportunidades", in INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO, *A Sociedade da Informação e a Administração Pública*, Oeiras 2005

PINA, ANTÓNIO JOÃO PIRES, "Interoperabilidade de plataformas para a Administração Pública Electrónica", in INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO, *A Sociedade da Informação e a Administração Pública*, Oeiras 2005

PIZARRO, SEBASTIÃO NÓBREGA, *Comércio Electrónico, Contratos electrónicos e informáticos*, Almedina, 2005

PUNZÓN MORALEDA, JESÚS/SÁNCHEZ RODRIGUEZ, FRANCISCO, *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid 2009

REGO BLANCO, M.^a DOLORES, "Las nuevas tecnologías en la futura Ley de Contratos del Sector Público", in AGUSTÍN MADRID PARRA e M.^a JESÚS GUERRERO LEBRÓN, *Derecho Patrimonial y Tecnología – Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convénio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, Marcial Pons, 2007, pp. 629 e ss

RIVERO ORTEGA, RICARDO, *El expediente administrativo: De los Legajos a los Soportes electrónicos*, Thomson-Aranzadi, 2007

ROCHA, MANUEL LOPES/PUPO CORREIA, MIGUEL/RODRIGUES, MARTA FELINO/ANDRADE, MIGUEL ALMEIDA/AMORIM, PEDRO PATRÍCIO/CARREIRO, HENRIQUE JOSÉ/CABRITA, JOSÉ, *Leis da Sociedade da Informação (Comércio electrónico)*, Coimbra Editora, 2008

ROCHA, MANUEL LOPES/MACARA, JORGE CRUZ/LOUSA, FILIPE VIANA, *A contratação pública electrónica e o guia do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2008

SILVA, JORGE ANDRADE DA, *Dicionário dos Contratos Públicos*, Almedina, 2010

SILVA, PAULA COSTA E, "A contratação automatizada", *Direito da Sociedade da Informação*, Volume IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, 2003, pp. 289 e ss.

SOUSA, MARCELO REBELO DE, *O concurso público na formação do contrato administrativo*, Lex, Lisboa, 1994

SOUSA, MARCELO REBELO DE/MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Direito Administrativo Geral, Tomo III, Contratos Públicos*, Dom Quixote, 2008

TARDÍO PATO, JOSÉ ANTONIO, *Los principios generales del Derecho*, Bosch, 2011

TAVARES, L. VALADARES/ROCHA, M. LOPES, *O guia da contratação pública electrónica*, Lisboa, 2009

VASQUEZ RUANO, TRINIDAD, "La seguridad electrónica en la fase precontractual. Un apunte desde el Derecho Comunitário", in AGUSTÍN MADRID PARRA e M.^a JESÚS GUERRERO LEBRÓN, *Derecho Patrimonial y Tecnología – Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convénio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, Marcial Pons, 2007

VIANA, CLÁUDIA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007

VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito Internacional Privado – Problemática internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, 2005

JURISPRUDÊNCIA CITADA

Jurisprudência europeia

[Acórdão do TJCE de 20 de Setembro de 1988 \(Gebroeders Beentjes BV contra Estado dos Países Baixos, Proc. 31/87\)](#),

Acórdão do TJCE de 8 de Outubro de 2000 (*Peter Überschär v. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*)

[Acórdão do TJCE de 24 de Novembro de 2005 \(AIT EAC Srl, Viaggi di Maio Snc, EAC Srl e Viaggi di Maio Snc v. ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia e Comune di Venezia](#)

[Acórdão de 24 de Janeiro de 2008 \(Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon e Nikolaos Vlachopoulos v. Dimos Alexandroupolis, Planitiki AE, Aikaterini Georgoula, Dimitrios Vasios, N. Loukatos kai Synergates AE Meleton, Eratosthenis Meletitiki AE, A. Pantazis – Pan. Kyriopoulou kai syn/tes os "Filon" OE e Nikolaos Sideris\)](#)

Acórdão do TJCE de 27 de Outubro de 2009 (*Land Oberösterreich v. ČEZ*)

Acórdão de 19 de Janeiro de 2010 (*Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG*)

Acórdão do TJCE de 26 de Janeiro de 2010 (*Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v. Administración del Estado*, Proc. C-118/08).

Jurisprudência portuguesa

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 232/2003, de 13 de Maio de 2003 (Proc. n.º 306/03), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Outubro de 2004 (Proc. n.º 01710/02),

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de Janeiro de 2010 (Proc. N.º 0965/09), disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

