



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O (novo) regime de suprimento de irregularidades de propostas e candidaturas:

Da alteração legislativa ao equilíbrio principiológico europeu

Margarida Arada Leitão Pinto Morais

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O (novo) regime de suprimento de irregularidades de propostas e candidaturas:

Da alteração legislativa ao equilíbrio principiológico europeu

Margarida Arada Leitão Pinto Morais

Orientador: Professor Doutor Pedro Cerqueira Gomes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

À memória do meu Pai.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Pedro Cerqueira Gomes é devido um primeiro agradecimento pela disponibilidade e acompanhamento durante a elaboração da presente dissertação, como também pela partilha de conhecimento durante a parte letiva do Mestrado.

À minha Mãe, pela inspiração diária que é para mim.

À minha família, pelo apoio inigualável.

Aos meus amigos de sempre, pela entreatajuda e presença.

Aos docentes que marcaram o meu percurso académico.

Em especial, ao corpo docente da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, pelo acompanhamento demonstrado durante todo o Mestrado.

A todos, muito obrigada.

Resumo

O suprimento de irregularidades formais de propostas e candidaturas é um tema que assume centralidade no direito dos contratos públicos, nos dias de hoje. O mecanismo encontra-se disciplinado no artigo 72.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos (CCP), mas nem sempre teve os mesmos contornos, sendo os seus limites de aplicação instáveis.

Partindo de uma análise histórica das diferentes configurações normativas que o mecanismo assumiu, a presente dissertação procura oferecer um enquadramento teórico do regime de suprimento de irregularidades de propostas e candidaturas após a alteração do CCP em 2022, convocando à discussão a salvaguarda pelos princípios jurídicos como um dos limites de aplicação do mecanismo.

Palavras-Chave: suprimento de irregularidades; convite ao suprimento; irregularidades formais; igualdade de tratamento; concorrência; proporcionalidade.

Abstract

The correction of formal irregularities in tenders or applications is a central issue in public procurement law today. The mechanism is regulated by Article 72(3) of the Portuguese Code of Public Contracts (PCPC), but it has not always had the same contours and boundaries of application are unstable.

Starting from a historical analysis of the different normative configurations that the mechanism has taken on, this dissertation seeks to offer a theoretical framework for the system of correction of non-compliant tenders and applications after the reform of the PCPC in 2022, debating the safeguarding of legal principles as one of the mechanism's limits of application.

Keywords: correction of irregularities; invitation to correction; formal irregularities; equal treatment; competition; proportionality.

Índice

Agradecimentos	5
Resumo	6
Abstract	6
Lista de siglas e abreviaturas.....	8
1. Introdução	9
1.1. Delimitação do objeto de investigação e sequência	10
1.2. Metodologia	10
2. Resenha histórica.....	11
2.1. Antecedentes do Código dos Contratos Públicos.....	11
2.2. Entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos e as suas alterações.....	15
2.3. A revisão do CCP em 2017	17
3. O mecanismo de suprimento de irregularidades formais de propostas e candidaturas – o n.º 3 o artigo 72.º do CCP	21
3.1. Pressupostos e limites.....	23
3.2. O elenco exemplificativo	27
3.3. Em especial, as assinaturas eletrónicas: formalidades com impacto substantivo?	31
4. Da compatibilidade com o direito europeu	37
4.1. Da razoabilidade do prazo.....	38
4.2. Convite ao suprimento – um verdadeiro dever jurídico da entidade adjudicante?	39
4.3. Um quadro principiológico (conflituante) como limite à regularização das propostas....	40
5. Conclusão	46
6. Bibliografia.....	47

Lista de siglas e abreviaturas

art	artigo
arts.	artigos
Cfr.	Conferir
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CCP	Código dos Contratos Públicos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DEUCP	Documento Europeu Único de Contratação Pública
DL	Decreto-Lei
DUE	Direito da União Europeia
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
n.º	número
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
p.	página
PGDR	Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa
pp.	páginas
proc.	processo
STA	Supremo Tribunal Administrativo
ss.	seguinte(s)
TdC	Tribunal de Contas
TCA	Tribunal Central Administrativo
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume

1. Introdução

Nos dias de hoje, é inegável que os procedimentos pré-contratuais revestem um elevado grau de formalização. Submetidos a um quadro normativo europeu preciso, estes procedimentos são, assim, compostos por momentos procedimentais rigorosos, de forma a salvaguardar os princípios jurídicos aplicáveis à disciplina da Contratação Pública.

A verdade é que a importação de formalismos para os procedimentos pré-contratuais trouxe consigo uma complexidade acrescida, desde logo, para as peças procedimentais. Como consequência, os operadores económicos encontram-se vulneráveis¹ a um incremento do número de patologias formais nas propostas e nas candidaturas².

Perante este quadro, assiste-se a um novo paradigma: *a prevalência da substância sobre a forma*³. É neste contexto que emerge o mecanismo de suprimento de irregularidades formais de propostas e candidaturas. Introduzido expressamente no ordenamento jurídico português em 2017, constitui uma das mais impactantes modificações no direito administrativo dos contratos públicos, *maxime*, na sua dinâmica procedimental.

Trata-se de um mecanismo procedimental cujo propósito é “salvar”⁴ as propostas e candidaturas afetadas por preterição de formalidades. A recente alteração ao CCP, em 2022, veio provocar alterações no teor do n.º 3 do artigo 72.º, que se pauta pela instabilidade na sua aplicação. Deste modo, trata-se de uma temática de extremo relevo prático, sendo elevado o número de litígios que gravitam em torno desta temática.

Assim, a conjuntura abre caminho para uma reflexão sobre a necessidade de um “*formalismo moderado*”⁵ de forma a não prejudicar os interesses substantivos.

¹ BERNARDO DINIS AYALA, “A distinção entre formalidades essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 56, Mar.-Abr. 2006, p. 26.

² LUÍS VERDE DE SOUSA, “Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas”, in AA.VV., *Comentários ao Código dos Contratos Públicos* (Coord. de Carla Amado Gomes *et al.*), 4.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, p. 606.

³ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 488.

⁴ Como forma de apelo à figura também contemplada no ordenamento jurídico italiano – “*soccorso istruttorio*” – como será analisada *infra*.

⁵ SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, Editora Danúbio, Lisboa, 1982, p. 384.

1.1. Delimitação do objeto de investigação e sequência

A presente dissertação incide sobre o mecanismo de suprimento de irregularidades nas propostas⁶ e candidaturas, vertido no n.º 3 do artigo 72.º do CCP.

O tema subjacente à presente dissertação suscita interesse científico na medida em que o mecanismo em estudo possibilita corrigir irregularidades formais constantes da propostas e candidaturas, configurando um desvio ao princípio da intangibilidade.

Atenta esta (nova) realidade no plano jurídico-administrativo, a presente dissertação procura, num primeiro momento, analisar as origens do mecanismo de suprimento de irregularidades de propostas e candidaturas. Num segundo momento, avançaremos para uma análise exaustiva do normativo, após a revisão do CCP em 2022, e a sua aplicação pela jurisprudência dos tribunais administrativos.

Por fim, partiremos para uma reflexão acerca da europeização, acompanhada de recente jurisprudência europeia, pretendendo *testar* a compatibilidade das várias soluções normativas com o quadro europeu.

1.2. Metodologia

Em termos metodológicos, a presente dissertação procura investigar o instituto, centrando-se na análise exaustiva de literatura nacional e europeia relevante, bem como de jurisprudência dos tribunais administrativos e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Seguidamente, visa-se aferir a compatibilidade das soluções normativas com o direito europeu derivado, em especial com o quadro principiológico europeu, de forma a desvendar as *conexões materiais conexas*⁷ da disciplina da contratação pública.

⁶ Em sede de nota explicativa, ao longo da dissertação, designaremos “mecanismo de suprimento de irregularidades de propostas”. Sem prejuízo da menção às candidaturas, acompanhamos aqui LUÍS VERDE DE SOUSA quando refere que o problema das patologias formais se coloca com mais acuidade nas propostas, em virtude do seu carácter concorrencial. Por esse motivo, o presente estudo incidirá mais nas propostas. “Algumas considerações sobre o regime de suprimento de irregularidades das propostas”. Cfr. LUÍS VERDE DE SOUSA, “Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas”, *op. cit.*, p. 606

⁷ JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 61.

2. Resenha histórica

O conceito de irregularidades formais antecede o atual regime jurídico pré-contratual. A atividade administrativa sempre se pautou por trâmites prescritos por lei com vista a acautelar a correta formação da decisão administrativa, bem como respeitar as posições jurídicas subjetivas dos particulares⁸.

Deste modo, importa analisar a evolução do conceito e as origens do mecanismo de suprimento de irregularidades, de forma a perscrutar elementos importantes para a compreensão do normativo. A análise será delimitada por três marcos temporais: (i) antecedentes da entrada em vigor do CCP; (ii) a versão original do CCP; (iii) e a revisão de 2017, operada pelo Decreto-Lei (DL) n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

2.1. Antecedentes do Código dos Contratos Públicos

A Portaria n.º 7702, de 24 de outubro de 1933⁹, veio contemplar pela primeira vez, ainda que de forma indireta, a possibilidade de admissão e, conseqüentemente, de adjudicação de propostas com irregularidades formais¹⁰.

O legislador estabeleceu no artigo 24.º deste diploma que “[a] adjudicação das obras ou fornecimentos deverá ser feita, em regra, ao concorrente que tiver apresentado a proposta de menor preço”. Contudo, admitia-se a possibilidade de adjudicação “[a]o concorrente que [oferecesse] maiores garantias”. Apesar de não existir uma norma que permitisse expressamente a admissão de propostas afetadas por irregularidades formais, esta possibilidade de adjudicação consoante as garantias para o interesse público, conduz o intérprete a concluir que a Administração detinha uma certa *liberdade* na escolha do adjudicatário.

O artigo 20.º do mesmo diploma veio moldar a interpretação que até então se admitia nas regras relativas aos procedimentos pré-contratuais. Recebidas as propostas, iniciava-se a abertura dos “sobrescritos recebidos”, não sendo permitidas observações

⁸ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, p. 318.

⁹ A Portaria n.º 7702, de 24 de outubro de 1933, aprovou as instruções para a arrematação e adjudicação de obras públicas e fornecimentos e suas respetivas liquidações.

¹⁰ Neste sentido, JORGE PAÇÃO, “O regime de suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas” in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, Janeiro 2020, p. 36.

ou explicações dos concorrentes. Como nota JORGE PAÇÃO, assistia-se a uma “cristalização das propostas”¹¹ decorrido o prazo para a apresentação”.

Ora, não havendo lugar à solicitação de esclarecimentos nem de retificações das propostas, a adjudicação feita ao concorrente que oferecesse as maiores garantias para o interesse público¹² poderia traduzir-se, efetivamente, na adjudicação de uma proposta com vícios formais, sem que tal implicasse a sua exclusão.

A Portaria n.º 17796, de 6 de julho de 1960, parecia não oferecer dúvidas quanto a essa possibilidade. Nos termos do artigo 9.º deste diploma, uma proposta afetada por irregularidades formais “poderia” ser excluída. Não se observava, portanto, um dever de exclusão¹³.

Não obstante este entendimento, foi com a entrada em vigor do DL n.º 48871, de 19 de fevereiro de 1969, que a figura da *admissão condicional* [de concorrentes] teve expressão normativa no ordenamento jurídico. Com efeito, o legislador passou a permitir que os concorrentes sanassem as irregularidades nos documentos a que lhes respeitasse, no prazo de 24 horas, sob pena de exclusão. A este propósito, importa atentar no Parecer proferido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, em Acórdão votado em 15 de março de 1984. No Parecer é rejeitada a enumeração taxativa de irregularidades sanáveis, contemplando-se, também, aquelas irregularidades formais que “não influam no acto do concurso ou nos seus fins, nem prejudiquem o objetivo que, com a sua prática regular, se pretende”.

Importa notar que o regime importado do DL n.º 48871 enunciava duas irregularidades formais suscetíveis de sanção, sendo estas a entrega de documentos com “deficiências de selo” e de documentos cuja assinatura não fosse devidamente reconhecida.

Apesar de se ter adotado um *denominador comum*¹⁴ de tolerância às irregularidades formais, conforme se aferiu anteriormente, o *ponto de viragem* para uma cláusula geral de admissão condicional dos concorrentes deu-se com a entrada em vigor do DL n.º 405/93, de 10 de dezembro, em especial, com o n.º 3 do artigo 87.º.

¹¹ JORGE PAÇÃO, “O regime de suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas”, *op. cit.*, p. 37.

¹² Tal como acentuado por MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um olhar português*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 227.

¹³ JORGE PAÇÃO, “O suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a motivação do legislador e uma resenha sobre as suas origens no direito português dos contratos públicos”, in *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos: 16-17 de Maio de 2019, FDUL: Actas da Conferência* (coord. Miguel Assis Raimundo), AAFDL, Lisboa, 2020, p. 49.

¹⁴ Expressão utilizada por JORGE PAÇÃO. *Idem*, p. 52.

Com efeito, passou-se a admitir *condicionalmente* os concorrentes cujos documentos revelassem preterição de formalidades não essenciais, devendo, sob pena de exclusão, sanar tais irregularidades no prazo de 2 dias. Note-se que o legislador já não contemplava apenas documentos relativos aos concorrentes. Como já indicava o normativo, a possibilidade de sanção irregularidades deixou de se esgotar nos documentos relativos aos concorrentes¹⁵, alargando-se, assim, o seu âmbito de aplicação¹⁶.

Curiosamente, a sanção da própria entrega de documentos foi contemplada, posteriormente, no DL n.º 55/95, de 29 de março. Note-se, no entanto, que acrescia uma exigência: a falta de apresentação de documentos e a verificação de incorreções não podiam ser imputáveis aos concorrentes (teriam que ser motivadas “por motivo alheio à sua vontade”). Veja-se a propósito o Acórdão do STA, de 23 de maio de 2000 (proc. n.º 045945), no qual é rejeitada a admissão condicional de um concorrente que não comprovou que o documento em falta foi requerido tempestivamente.

Por sua vez, o DL n.º 59/99, de 2 de março, que aprovou o Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, dispunha no artigo 92.º, n.º 3, que eram admitidos condicionalmente os concorrentes cujos documentos fossem apresentados com preterição de formalidades não essenciais. No entanto, essas irregularidades deveriam ser sanadas no prazo de dois dias, sob pena de exclusão.

De igual modo, o DL n.º 197/99, de 8 de junho¹⁷, previa, também, nos n.ºs 4 e 6 do artigo 101º, uma *admissão condicional dos concorrentes*, nomeadamente, pela não entrega da totalidade dos documentos exigidos¹⁸.

¹⁵ A este propósito note-se que a sanção de irregularidades formais respeitava aos documentos de habilitação. A abertura das propostas apenas se dava depois do período concedido para correção das propostas. Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, “Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas”, *op. cit.*, p. 610.

¹⁶ Neste sentido, veja-se JORGE PAÇÃO, “O suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a motivação ...”, *op. cit.*, p. 54.

¹⁷ Estabelecia o regime de realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços, bem como da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e serviços.

¹⁸ Assumindo-se pertinente, salienta-se o entendimento sufragado no Acórdão do STA, de 23 de abril de 2003 (proc. n.º 0348/03) - encontrando-se em vigor o DL n.º 197/99: “Se no Programa do Concurso se prevê a admissão condicional dos concorrentes que não apresentem a totalidade dos documentos exigidos (...) e a sua notificação para essa apresentação no prazo de cinco dias, nada impede que verificada essa circunstância o Juri admita condicionalmente um concorrente e o notifique para apresentação da documentação em falta no indicado prazo.”. O STA andou bem, avançando já com a ideia de que a apresentação posterior dos documentos “não constitui violação do princípio da intangibilidade das propostas porquanto os mesmos se destinam a comprovar o seu conteúdo e, se assim é, a proposta continua inalterada.”.

Ora, daqui se retirava a possibilidade de sanar irregularidades decorrentes (i) da não entrega ou omissão de documentos e (ii) da preterição de *formalidades não essenciais*.

Quanto à dinâmica procedimental, nos termos do artigo 97.º do DL n.º 197/99, de 8 de junho, a proposta era apresentada em invólucro opaco e fechado. No caso de ocorrer a admissão condicional de concorrentes, estabelecia o n.º 8 do artigo 101.º que “[o] júri, se necessário, interrompia o ato público, indicando o local, a hora e o dia limites para os concorrentes completarem as suas propostas”.

Importa sublinhar que só depois de terminado o período temporal para a completude das propostas é que o júri procedia à abertura dos invólucros e avançava para a análise das propostas¹⁹. Conforme nota LUÍS VERDE DE SOUSA²⁰, garantia-se que a decisão sobre a qualificação da formalidade preterida não fosse motivada pelo conteúdo da proposta. Por outro lado, um concorrente que decidisse corrigir os documentos nunca saberia o conteúdo das propostas dos restantes concorrentes (*maxime* os atributos das restantes propostas), evitando-se, assim, um possível conluio entre concorrentes²¹.

Ao contrário do que sucedera com o normativo antecessor (DL n.º 55/95), não se contemplava agora o requisito da inimputabilidade da irregularidade formal.

Note-se que, nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 103.º do referido diploma, procedia-se à exclusão dos concorrentes admitidos condicionalmente se na nova documentação apresentada fosse incluído qualquer indício do preço da proposta ou das respetivas condições de pagamento.

Atenta a evolução histórica do suprimento de irregularidades formais de propostas e candidaturas antes da entrada em vigor do CCP, conclui-se que a sanção de propostas afetadas com vícios formais se ancorou numa primazia de valores jurídicos em relação à forma, designadamente em valores como (i) a eficiência jurídica; (ii) a boa-fé; (iii) a igualdade; e (iv) a imparcialidade.

¹⁹ Neste sentido, LUÍS VERDE DE SOUSA, “Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas”, *op. cit.*, p. 610.

²⁰ *Idem*, p. 611.

²¹ Como bem nota LUÍS VERDE DE SOUSA, o autor da proposta com o preço mais baixo poderia não sanar as irregularidades para que o autor da segunda melhor proposta fosse adjudicado. Cfr. LUÍS VERDE DE SOUSA, “Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas”, *op. cit.*, p. 611.

2.2. Entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos e as suas alterações

Na versão original do CCP, concretizada pelo DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o legislador não contemplou a *admissão condicional* de propostas, nem de candidaturas. Tratou-se, assim, de uma “rutura”²² com o paradigma legislativo anterior. Numa rápida leitura, o intérprete poderia concluir pela impossibilidade de sanção de irregularidades formais, sendo esta uma interpretação que, na esteira de raciocínio de JORGE PAÇÃO, se ancoraria num “especial apego pelo princípio da legalidade”²³.

Apesar de o mecanismo não ter expressão normativa na versão original dos CCP, os tribunais e a doutrina davam já sinais de permissividade ao suprimento de irregularidades formais.

No labor judicial, destaca-se o Acórdão do STA, de 30 de setembro de 2009 (proc. n.º 0703/09), no qual o Tribunal não se opôs a que fosse permitida uma *retificação da proposta*, ancorando-se no argumento de que não devem ser “[e]xcluídos dos procedimentos pré-contratuais interessados em contratar cujas propostas apresentem deficiências que possam ser supridas sem pôr em causa as regras imperativas e os princípios a que devem obedecer os procedimentos administrativos relativos à formação dos contratos públicos”, referenciando os n.ºs 6 e 8 do artigo 101.º do referido Decreto-Lei n.º 197/99, bem como os artigos 61.º, n.º 2, e 76.º, n.ºs 1 e 2, do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

A *teoria da degradação de formalidades essenciais em não essenciais*²⁴ configurou uma das principais linhas de raciocínio para a permissividade da sanção de irregularidades. Defendia-se que as formalidades não essenciais seriam as que alcançariam sempre a sua finalidade em situação de omissão ou irregularidade. Por outro lado, reconduzem-se ao conceito as formalidades meramente burocráticas previstas pelo legislador²⁵.

A discussão em torno da essencialidade das formalidades teve lugar sob duas perspetivas: (i) a inobservância de formalidades pela própria Administração; e (ii) a

²² Conforme refere JORGE PAÇÃO, “O regime de suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas”, *op. cit.*, p. 28.

²³ *Idem*, p. 29.

²⁴ Já sobre o tema, MÁRIO AROSO ALMEIDA avança que “ (...) a observância das regras formais e procedimentais não é um fim em si mesmo, pode suceder que, nas concretas circunstâncias do caso, seja possível afirmar que, apesar da sua inobservância, foi assegurado o objetivo visado pela lei ao impô-las, em termos que não justificam a anulação ato praticado”. In MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 391 e 392.

²⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 319.

preferência de formalidades impostas aos particulares, *maxime*, aos concorrentes num procedimento pré-contratual.

Ora, recuando a 1995, afigura-se importante o Acórdão do STA, de 14 de março de 1995, que aponta para uma “discricionariedade de qualificação das formalidades como essenciais ou não”²⁶.

No entanto, esta teoria não encontra expressa consagração no CCP, ao contrário do que sucede no CPA. O n.º 5 do artigo 163.º do CPA consagra um mecanismo que afasta o efeito anulatório de um ato administrativo anulável, permitindo que o ato se mantenha na ordem jurídica e que continue a produzir efeitos²⁷. Afasta-se, assim, o efeito anulatório em razão de outros valores jurídicos relevantes²⁸.

Outra linha de pensamento subjacente à sanção de irregularidades formais poderia ser²⁹ a previsão direta no programa do concurso da possibilidade de suprimento ou até de desconsideração de irregularidades formais.

Assim, perante estas duas matrizes de desenvolvimento, que nas palavras de JORGE PAÇÃO³⁰ se reconduzem a um “fundamento em normas de princípio” e a um “fundamento na autoatribuição de competência”, começou-se a verificar na *praxis administrativa* uma permissividade quanto à desconsideração de irregularidades nas propostas em procedimentos pré-contratuais públicos.

No plano jurisprudencial assistiu-se a uma *permissividade* crescente quanto ao suprimento de irregularidades formais nas propostas. No Acórdão do TCA Norte, de 11 de fevereiro de 2015 (proc. n.º 00490/14.4BECBR), estabeleceu-se que a falta de apresentação de uma procuração “constitui uma irregularidade formal que deve poder ser sanada, em vez de conduzir irremediavelmente à exclusão da proposta, por estar em causa uma formalidade *ad probationem* cujo cumprimento tardio não tem a virtualidade de alterar a proposta, não afetando a sua intangibilidade ou, pelo menos, à qual não deve ser atribuída força invalidante.”.

²⁶ BERNARDO DINIZ AYALA, “A distinção entre formalidades essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa”, *op. cit.*, p. 30.

²⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *op. cit.*, pp. 388 e 389.

²⁸ Importa lembrar as palavras de LUÍS HELENO TERRINHA que refere preserva-se “formalmente a ilegalidade (anulabilidade) do acto, ainda que materialmente se torne aquela ilegalidade absolutamente juridicamente ineficaz (“não se produz o efeito”)”. Cfr. LUÍS HELENO TERRINHA, “Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto”, in *Comentário ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2018, p.324.

²⁹ MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 225 *apud* JORGE PAÇÃO, “O regime de suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas”, *op. cit.*, p.30.

³⁰ JORGE PAÇÃO, “O regime de suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas”, *ob. cit.*, p. 30.

No Acórdão do STA, de 1 de outubro de 2015 (proc. n.º 0856/15), discutia-se se a falta da declaração dos preços parciais poderia ser desconsiderada através da análise conjugada dos elementos que instruíram a proposta, tendo o STA entendido que era desproporcional excluir a proposta.

Por sua vez, no Acórdão do STA, de 23 de outubro de 2014 (proc. n.º 019/14), o programa do procedimento estabelecia que a proposta deveria ser constituída por um documento “comprovativo da credenciação da concorrente”, a fim de atestar a aptidão profissional do concorrente para o exercício da atividade. Tratando-se de um documento de habilitação, ao abrigo do n.º 6 do artigo 81.º do CCP³¹, de acordo com MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA³², não seria razoável perdurar uma proposta durante a dinâmica procedimental, sabendo que não iria resultar na sua adjudicação.

Poderia o concorrente ser excluído por via da alínea d), do n.º 2, do artigo 146.º e da alínea c), do n.º 1 do artigo 57.º do CCP? *In casu*, o STA reconheceu que “à data da apresentação das propostas, o concorrente (ora, recorrente no processo) possuía a certificação exigida³³, pelo que nunca se pode afirmar que a execução do contrato por ela corresponderia a uma ilegalidade”.

2.3. A revisão do CCP em 2017

A revisão do CCP em 2017, concretizada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, introduziu expressamente o mecanismo do suprimento de irregularidades formais das candidaturas e propostas no CCP. Assim, o legislador estabeleceu no n.º 3 do artigo 72.º que “[o] júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento das irregularidades das suas propostas e candidaturas causadas por preterição de formalidades não essenciais e que careçam de suprimento, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura, e desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento.”.

³¹ Este preceito encontra-se atualmente revogado. No entanto, à data, referia-se que “independentemente do objeto do contrato a celebrar, o adjudicatário dev[ia] apresentar os documentos de habilitação (...)”.

³² Veja-se MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, op. cit., pp. 491 e 492.

³³ Como se irá verificar adiante, esta é a *ratio* da nova alínea a) do n.º 3 do artigo 72.º do CCP.

Permitiu-se, assim, o suprimento de irregularidades formais contidas nas propostas e candidaturas, e já não apenas nos documentos atinentes à habilitação dos concorrentes³⁴. No entanto, esta configuração normativa não se afigurou totalmente inovadora³⁵. Di-lo o próprio legislador no preâmbulo do diploma, quando refere “[a] recuperação da possibilidade de sanar a preterição de formalidades não essenciais pelas propostas apresentadas, evitando exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público”. O disposto no n.º 3 do artigo 72.º dava corpo ao espírito subjacente nos normativos anteriores, ou seja, a cedência do formalismo perante valores jurídicos relevantes e princípios jurídicos, bem como pelo crescente “desapego pela legalidade estrita”^{36,37}.

Este impulso normativo contemplava assim o suprimento das irregularidades das propostas e candidaturas afetadas por preterição de *formalidades não essenciais*, desde que carecessem de suprimento e que não afetasse a concorrência e a igualdade de tratamento. No corpo do preceito, o legislador incluiu a apresentação de documentos que integram a proposta (desde que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura).

Ademais, o legislador definiu que só estariam abrangidas as irregularidades formais (ficando, assim, excluídas as irregularidades materiais) e tão só aquelas que carecessem de suprimento. Sem embargo de adiante apresentarmos um desenvolvimento mais profundo quanto a este tópico, tem-se entendido que carecem de suprimento as irregularidades formais de propostas suscetíveis de exclusão³⁸.

³⁴ JORGE PAÇÃO, “O regime de suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas”, *op. cit.*, p. 43. Diga-se que também não era possível que o regime de suprimentos de irregularidades formais incidisse apenas nos documentos de habilitação, uma vez que a análise destes se reserva para uma fase posterior, já destinada ao adjudicatário, nos termos do artigo 81.º do CCP.

³⁵ Ao contrário do que sustentam os autores JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos anotado e comentado*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 378 (ao utilizar a expressão “inovatoriamente”), como também LUÍS VERDE DE SOUSA, “Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas”, *op. cit.*, p. 612.

³⁶ Expressão de JORGE PAÇÃO, “O regime de suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas”, *ob. cit.*, p. 43.

³⁷ No entanto, em sede de crítica, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ defende que se tratava de uma “violação inicial [das exigências formais] e a sua regularização superveniente”. Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Entre a igualdade concorrencial e o interesse público contratual: questões suscitadas pela aplicação proporcional de algumas causas de exclusão de propostas”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 29, abril 2022, Coimbra, p. 90.

³⁸ A este propósito veja-se o entendimento do TCA Norte, em Acórdão de 6 de setembro de 2022, (proc. n.º 00093/22.0BEPRT). No caso em concreto, um dos anexos exigidos pelo Programa do Concurso não necessitava de ser acompanhado de tradução. Uma vez que não se trata de uma preterição de formalidade que culmina com exclusão da proposta, não é se quer equacionável o seu suprimento. No mesmo sentido, o Acórdão do TCA Sul, de 18 de novembro de 2010, (proc. n.º 06724/10). Como assinala PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “[o]s vícios formais de que padeça um desses documentos facultativos. É razoável

Por outro lado, não era equacionável estarem expressamente previstas todas as preterições de *formalidades não essenciais* que carecessem de suprimento. Nesta senda, a *teoria da degradação de formalidades essenciais em não essenciais* era trazida novamente à discussão.

No que concerne à doutrina, importa destacar críticas apontadas ao anteprojeto de revisão do CCP, em 2016. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ encaravam a consagração normativa do mecanismo de suprimento de irregularidades como “indesejável”³⁹. De acordo com os autores, a entidade adjudicante ficaria vulnerável a uma “carga de suspeição”, já que esta promoção do suprimento de irregularidades tomava lugar num momento em que já era conhecido o conteúdo das propostas de todos os concorrentes. Partindo deste ponto firme, os autores rejeitavam que a entidade adjudicante tivesse uma maior margem de apreciação neste domínio, caracterizado pela incerteza e focos de litigiosidade.

Ademais, a consagração legal do mecanismo no CCP não se confunde com os anteriores regimes. Conforme se verificou, os anteriores normativos não permitiam a admissão condicional das propostas *per se*. A análise de riscos do mecanismo convoca uma questão em particular. Os concorrentes podem encarar o mecanismo como uma forma de se desvincularem das propostas, decidindo não suprir as irregularidades. Seria, assim, uma forma de se afastarem do procedimento, depois de conhecidas as propostas dos restantes concorrentes⁴⁰. Contudo, a adição da alínea e) ao artigo 457.º do CCP vem fixar uma contraordenação grave pelo não suprimento de irregularidades, no prazo fixado para o efeito.

Ainda antes da revisão do CCP em 2022, em Acórdão de 27 de janeiro de 2022, (proc. 0172/21.0BEBRG), o STA fez notar que o conceito de *formalidades não essenciais* a que se reporta o nº3 do art. 72º do CCP “é um conceito aberto que apela a

concluir que, se a falta de um documento não origina a exclusão da proposta (...) tão-pouco a sua apresentação em desconformidade com as formalidades previstas nas peças do procedimento deve conduzir a tal exclusão.” Cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 2020, p. 113.

³⁹ JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Comentários ao Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos”, (Agosto 2016) - Regime da Contratação Pública, página 48, disponível em:

https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/02_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojeto_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf

⁴⁰ Neste sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Entre a igualdade concorrencial e o interesse público contratual: questões suscitadas ...”, *op. cit.*, p. 106.

ponderações casuísticas”. Sentia-se, assim, a necessidade de uma nova configuração deste instituto.

3. O mecanismo de suprimento de irregularidades formais de propostas e candidaturas – o n.º 3 o artigo 72.º do CCP

Partiremos agora para a análise da alteração legislativa do CCP sofrida em 2022.

Atento o aumento da litigiosidade nesta matéria e os dissensos verificados, a 12.^a alteração do CCP, concretizada através do DL n.º 78/2022, de 7 de novembro, provocou mudanças neste domínio. Persistiam soluções no labor judicial muito diferentes entre si, vigorando, assim, um clima de insegurança jurídica, que se refletia, por sua vez, junto das entidades adjudicantes. Assim, nos termos do preâmbulo do diploma que concretiza estas recentes alterações, o legislador procurou *clarificar* e *atualizar* o regime contemplado no artigo 72.º⁴¹.

Nos termos da redação atual do preceito, o legislador enuncia um elenco exemplificativo de situações de irregularidades formais, sendo imperativo que o júri convide ao seu suprimento. Numa primeira leitura verifica-se que se abandona o conceito de *irregularidades formais não essenciais*. Deixa, assim, de ser necessária a avaliação da essencialidade (ou não) da formalidade em causa.

Nesta senda, parecem confluír duas correntes⁴² doutrinárias e jurisprudenciais: (i) a corrente mais *substancialista*⁴³, mais favorável ao aproveitamento das propostas, apelando ao princípio da concorrência; e (ii) a corrente *formalista*, atenta a eventuais manipulações dos concorrentes para retirar vantagem do mecanismo⁴⁴, que privilegia a igualdade de tratamento entre concorrentes.

Quanto ao momento procedimental, o suprimento deve ter lugar assim que comece a fase de análise das propostas. No entanto, a prática tem revelado que os concorrentes se pronunciam no momento da audiência contra a proposta da sua

⁴¹ Conforme se retira do preâmbulo do DL n.º 78/2022, de 7 de novembro, “[a] par de cirúrgicas alterações de redação a normas do CCP, de intuito clarificador e/ou atualizador, como sejam os casos das que ora se promovem aos artigos 72.º, 295.º, 335.º, 397.º e 444.º, procede-se ainda a um outro conjunto de alterações com o ensejo de aprimorar disposições que têm revelado menor alinhamento com o teor das diretivas europeias em matéria de contratação pública”.

⁴² Cf. ANTÓNIO MENDES DE OLIVEIRA, “Em debate: A Revisão de 2022 – O novo regime de suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 17, Maio-Agosto 2023, Lisboa, pp. 35 e 36.

⁴³ Neste sentido, os autores MIGUEL ASSIS RAIMUNDO e PEDRO COSTA GONÇALVES. Na jurisprudência, destacam-se os Acórdão do STA, de 11 de setembro de 2019, no âmbito do processo n.º 0829/18.3BEAVR e o Acórdão do TdC n.º 23/2021, (proc. n.º 1446/2021).

⁴⁴ Num sentido mais formalista, os autores PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ e LUÍS VERDE DE SOUSA. No plano jurisprudencial, veja-se o Acórdão do STA, de 25 de novembro de 2021, (proc. n.º 0210/18.4BELLE, bem como o Acórdão do TdC n.º 4/2022, (proc. n.º 1446/2021).

exclusão, com fundamento numa irregularidade que o júri considerou impossível de suprir. Caso o júri aceite a bondade da pronúncia, o concorrente poderá se convidado a suprir a irregularidade nesse momento⁴⁵.

Aqui chegados, importa agora atentar no teor do normativo atualmente em vigor⁴⁶:

“O júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento de irregularidades formais das suas candidaturas⁴⁷ e propostas que careçam de ser supridas, desde que tal suprimento não seja suscetível de modificar o respetivo conteúdo e não despreste os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência, incluindo, designadamente: (...)”.

Fazendo um primeiro balanço, o regime atualmente em vigor constitui um elemento de defesa para os concorrentes, atendendo ao carácter imperativo do convite ao suprimento, evitando, assim, controvérsias nas exigências procedimentais⁴⁸. Por outro lado, a atual disposição do n.º 3 do artigo 72.º do CCP assume um âmbito genérico⁴⁹. O legislador abandona (de vez) o conceito de *formalidades não essenciais*, não definiu um critério fechado para o tipo de irregularidades formais a considerar.

Partindo para uma análise sistemática do normativo, importa notar que os limites subjacentes ao n.º 2 do artigo 72.º aplicam-se de forma a compatibilizar-se com as condições para suprir irregularidades formais, nos termos do n.º 3. Assim, acabamos por assistir a uma harmonização entre os n.ºs 2, 3 e 4⁵⁰. Naturalmente, a finalidade alcançada pelos esclarecimentos não pode ser suscetível de regularizar uma irregularidade material da proposta ou candidatura. Ademais, não podem os esclarecimentos originar uma alteração, completude da proposta ou candidatura, nem suprir omissões que ditariam a sua exclusão.

Atenta a literalidade do normativo, importa analisar as latitudes do conceito de “irregularidades”. Por norma, qualificam-se as propostas de irregulares quando se

⁴⁵ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 771 e 772.

⁴⁶ A análise das alíneas será realizada no ponto 3.2.

⁴⁷ A propósito das candidaturas, importa notar que o regime que lhes é aplicável não é novidade. A *ratio* acaba por ser a mesma que predominava na legislação anterior ao CCP – um concorrente que não juntasse algum dos documentos relativos à qualificação, poderia juntá-los, visto que esses mesmos documentos se limitariam a comprovar qualidades ou factos anteriores à data para apresentação das candidaturas. Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 321.

⁴⁸ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 493.

⁴⁹ Neste sentido, *idem*, página 495.

⁵⁰ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, *op.cit.*, p. 760.

verifica preterição de requisitos de ordem formal, material e, também, orgânico⁵¹. No entanto, nos termos da alínea b), do n.º 4, do artigo 26.º da Diretiva 2014/24/UE, as *propostas irregulares* são aquelas “que não se encontrem em conformidade com o disposto na documentação relativa aos concursos, cuja receção ocorra demasiado tarde, que revelem indícios de conluio ou corrupção, ou cuja qualidade seja considerada pela autoridade adjudicante anormalmente baixa”. Parece-nos um entendimento restritivo, tal como sugere PEDRO COSTA GONÇALVES⁵². A par deste conceito, a Diretiva 2014/24/UE avançou com a delimitação conceptual de *propostas inaceitáveis* e *propostas inadequadas*, apontando para a substancialidade da proposta ou candidatura. Consideram-se inaceitáveis as propostas que não possuam as qualificações exigidas e aquelas cujo preço base definido pela entidade adjudicante. Por sua vez, serão inadequadas as propostas que não satisfaçam as necessidades e requisitos estabelecidos pela entidade adjudicante nas peças do procedimento e que careçam de alterações substanciais para garantir a sua conformidade.

3.1. Pressupostos e limites

Os pressupostos de aplicação do mecanismo de suprimento de irregularidades formais de propostas e candidaturas merecerão a nossa atenção.

i) As irregularidades formais

Apesar de a norma parecer ser autoexplicativa quanto à configuração das irregularidades passíveis de suprimento, importa autonomizar este ponto. Numa primeira leitura do n.º 3 do artigo 72.º conclui-se que apenas podem ser objeto de suprimento as irregularidades formais. Por outras palavras, o mecanismo só poderá ser acionado quando as propostas e as candidaturas padecerem de vícios formais.

No entanto, existem irregularidades formais que assumem uma relevância material e que, conseqüentemente, influem na substância da proposta. PEDRO COSTA GONÇALVES⁵³ avança com o exemplo da falta de um documento que comprova a inexistência de qualquer impedimento. Ora, este caso não deixa de se tratar de uma

⁵¹ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos, op.cit.*, p. 762.

⁵² *Idem*, pp. 762 e 763.

⁵³ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos, op.cit.*, p. 766.

irregularidade formal, mas o fim visado com a entrega do documento é evitar qualquer irregularidade orgânica, configurando-se, assim, uma irregularidade formal, mas também orgânica.

Padecem de irregularidades formais as propostas apresentadas depois do prazo fixado para a apresentação. Acontece que uma proposta apresentada fora do prazo nunca⁵⁴ poderá sofrer uma “regularização”, uma vez que a proposta não será justamente contemplada na fase de análise das propostas. Esta situação reporta-se à alínea a), do n.º 2, do artigo 70.º do CCP.

Por sua vez, uma proposta que não seja constituída pelos documentos exigidos, à luz do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 57.º, bem como no n.º 1 do artigo 57.º-A do CCP, será uma proposta que padece de vícios formais. Note-se que uma proposta poderá estar afetada por uma irregularidade formal e material em simultâneo. A não entrega de um documento será, *prima facie*, uma irregularidade formal, na medida em que a proposta é apresentada sem os documentos exigidos. Porém, esse mesmo documento poderá cumprir uma função comprovativa dos atributos ou termos e condições que a proposta deve observar⁵⁵. Ou seja, a entrega desse documento poderia ditar a falta de apresentação de atributos ou de termos e condições da proposta. Sendo a resposta positiva, a exclusão da proposta fundar-se-ia em razões materiais, conforme o disposto na alínea a), do n.º 2, do artigo 70.º do CCP⁵⁶.

Assim sendo, exige-se especial cautela na análise das irregularidades, na medida em que se pode dar o caso de, numa primeira leitura, o intérprete encarar uma irregularidade como formal e subsumi-la ao regime dos suprimentos, quando, na verdade, pode dimensão de materialidade subjacente.

Conforme se analisará de seguida, as situações contempladas na alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP (que traduz o não cumprimento dos artigos 57.º, n.ºs 4 e 5, e 58.º do CCP) compreendem, nomeadamente, a falta de assinatura pelo concorrente ou por representante com poderes para o obrigar e o não cumprimento das regras quanto ao idioma dos documentos da proposta. As alíneas f), g) e h) do n.º 2 do artigo 70.º reportam-se às propostas variantes.

Por sua vez, a alínea l) contempla o desrespeito pelas formalidades atinentes à apresentação das propostas, nos termos do artigo 62.º do CCP. Em último lugar, cumpre

⁵⁴ Exceto nas situações de *justo impedimento*.

⁵⁵ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, *op.cit.*, p. 775.

⁵⁶ Neste sentido, *idem*, pp. 775 e 776.

destacar as situações em que são preteridas exigências formais fixadas pelo programa do concurso cujo incumprimento culmine na exclusão da proposta. Neste último caso convocam-se os artigos 132.º, n.º 4 e 146.º, n.º 2, alínea n) do CCP.

(ii) da *necessidade de suprimento*

Conforme se aferiu anteriormente, o mecanismo de suprimento aplica-se apenas às propostas afetadas com irregularidades formais. No entanto, apenas são objeto de sanção de irregularidades as propostas que carecem de suprimento. São apenas consideradas as situações que culminariam numa exclusão. O intérprete deverá previamente questionar se a irregularidade com que se depara conduz à exclusão ou não da proposta ou candidatura.

Assim, se uma irregularidade não conduzir a uma exclusão, não será necessário “salvar” a proposta, ou seja, o suprimento não se torna necessário⁵⁷. Afinal, a proposta nunca seria excluída do procedimento pré-contratual. O suprimento tem que se revelar indispensável para “salvar” a proposta da exclusão.

Desde logo, se a lei ou as peças do procedimento não determinarem que a preterição de uma determinada formalidade conduz à exclusão da proposta, o suprimento releva-se desnecessário. Se não é exigida a verificação de determinada formalidade, a sua omissão ou irregularidade na forma de apresentação não determina a exclusão da proposta, revelando-se “inútil”⁵⁸ a aplicação do mecanismo. É o caso, por exemplo, da falta de junção de tradução, sendo esta facultativa.

Apesar de o preceito legal já não prever expressamente o conceito de formalidade essencial ou não essencial, a verdade é que algumas vozes na doutrina defendem a sua aplicação de forma ancilar. PEDRO COSTA GONÇALVES aponta para os casos em que a finalidade da exigência de determinadas formalidades é alcançada por outra via, sendo que nesses casos, segundo o autor, “o efeito da irregularidade não se produz”⁵⁹. A este propósito, importa não esquecer o Acórdão do STA, de 1 de outubro de 2015 (proc. n.º 0856/15), já referenciado anteriormente.

⁵⁷ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, *op.cit.*, p. 767.

⁵⁸ NOÉMIA SANTOS, “Algumas notas sobre a recente alteração ao regime de suprimento de irregularidades”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º17, (Maio.-Ago. 2023), AAFDL, Lisboa, p. 77.

⁵⁹ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, *op.cit.*, p. 768.

iii. a (in)suscetibilidade de modificação do conteúdo e o quadro principiológico como limites à aplicação do mecanismo de suprimento

Nas palavras do legislador, o suprimento de uma irregularidade formal é possível, “desde que tal suprimento não seja suscetível de modificar o respetivo conteúdo e não desrespeite os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência”.

A suscetibilidade de modificação do conteúdo da proposta apresenta-se como um primeiro limite⁶⁰ do mecanismo de suprimento de irregularidades formais⁶¹. Na verdade, não é necessário que se verifique uma modificação da proposta para este limite atuar. PEDRO COSTA GONÇALVES salienta com pertinência que basta apenas o *mero risco* de modificação do conteúdo da proposta⁶². A existir uma modificação da proposta, feriam-se vários princípios jurídicos, como o princípio da concorrência e o princípio da igualdade e da transparência.

No que respeita às candidaturas, este limite não parece aplicável. Ao contrário do que sucede com as propostas, os documentos que compõem as candidaturas exteriorizam uma vontade de contratar sob determinados termos e condições. Portanto, a candidatura não vincula um concorrente a uma determinada prestação, em moldes específicos de execução⁶³. Por norma, as candidaturas não padecem de vícios materiais, uma vez que não existe um *conteúdo* propriamente dito cujo teor seja suscetível de violar disposições materiais.

O n.º 2 do artigo 72.º consagra o princípio geral de intangibilidade das propostas, sendo o ponto de partida para o regime relativo ao suprimento de irregularidades (n.º 3) e o regime dos esclarecimentos (n.º 4). A mínima alteração das propostas, após o momento da sua apresentação, terá sempre que passar pelo crivo do *sistema principiológico* da disciplina da contratação pública⁶⁴. Note-se que este limite principiológico já era evidente em anteriores acórdãos dos tribunais administrativos. Este segmento acompanha a parte final do n.º 3 do artigo 56.º da Diretiva 2014/24/UE, que determina ser crucial “[o] respeito integral dos princípios da igualdade de

⁶⁰ NOÉMIA SANTOS, “Algumas notas sobre a recente alteração ao regime de suprimento de irregularidades”, *op. cit.* p. 77.

⁶¹ Em razão da natureza negativa do pressuposto em oposição aos anteriores já referenciados, designamos estes dois últimos pressupostos gerais como “limites” à aplicação do mecanismo.

⁶² Acompanhamos a posição de. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos, op.cit.*, p. 769.

⁶³ *Idem*, p. 703.

⁶⁴ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos, op. cit.*, página 500.

tratamento e da transparência”. Com efeito, é precisamente a referência aos princípios que torna o artigo 72.º, n.º3, do CCP compatível com o artigo 56.º, n.º 3, da Diretiva.

Desde logo, seria molestado o princípio da imutabilidade das propostas. A imutabilidade das propostas é indissociável do princípio da igualdade e concorrência⁶⁵. Desde 2017, o legislador procurou encontrar uma harmonização entre os princípios da concorrência, proporcionalidade, razoabilidade, boa-fé, justiça com os princípios da igualdade, transparência e imparcialidade⁶⁶.

É inegável que o mecanismo do suprimento se revela benéfico para a entidade adjudicante⁶⁷. Na verdade, se o critério de adjudicação for o preço mais baixo e a proposta com o preço mais baixo estiver afetada por irregularidades formais, a melhor proposta poderá ficar “salva” com a aplicação do mecanismo de suprimento.

3.2. O elenco exemplificativo

Uma das (grandes) novidades da revisão do CCP em 2022 foi a consagração, no n.º 3 do artigo 72.º, de uma enumeração exemplificativa de casos abrangidos pelo mecanismo de suprimento de irregularidades. Não sendo um elenco taxativo⁶⁸, poderão existir casos de irregularidades formais (que cumprem os restantes pressupostos de aplicação do mecanismo) que não se subsumem ao elenco presente no normativo. Não obstante, esta “clarificação”, nas palavras do legislador, culminou num preceito mais densificado e, conseqüentemente, menos equívoco⁶⁹.

A **alínea a)** do n.º 3 do artigo 72.º contempla uma situação que resulta da redação do preceito adotada em 2017⁷⁰. A apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação configura uma das hipóteses de situações suscetíveis de suprimento. Reconduzem-se a esta alínea os certificados ambientais e documentos de habilitação que atestem qualidades ou

⁶⁵ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos anotado e comentado*, ob. cit., p. 378. No mesmo sentido, NOÉMIA SANTOS, “Algumas notas sobre a recente alteração ao regime de suprimento de irregularidades”, *op. cit.* p. 77.

⁶⁶ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos anotado e comentado*, ob. cit., p. 379.

⁶⁷ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, *op.cit.*, p. 769.

⁶⁸ NOÉMIA SANTOS, “Algumas notas sobre a recente alteração ao regime de suprimento de irregularidades”, *op. cit.* p. 78.

⁶⁹ Neste sentido, veja-se PEDRO SANTOS AZEVEDO. Ademais, o recurso ao advérbio “designadamente” evidencia a natureza exemplificativa das situações formuladas nas alíneas. Cfr. PEDRO SANTOS AZEVEDO, “O artigo 72.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos: Anotações” in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 18, set.-dez. 2023, Lisboa, p. 129.

⁷⁰ “ (...) incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura (...)”.

qualificações preexistentes⁷¹. Quer isto dizer que a falta ou incorreta apresentação de documentos *relativos* a atributos ou termos e condições (quando não está em causa a própria falta do atributo ou termo e condição) também estão contemplados. O que está em falta ou incorreta apresentação de um documento que comprove o atributo ou termo e condição já propostos (noutro documento).

Ademais, o próprio texto da lei inclui nesta alínea as declarações segundo o modelo dos anexos I e V, ou o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP). Recorde-se que a omissão de apresentação destas declarações constitui um fundamento de exclusão da proposta, à luz da alínea d), do n.º 2 do artigo 146.º do CCP⁷². Por ser uma irregularidade suprável, já não é discutível se a falta do Anexo I é motivo de exclusão⁷³. Apesar de constar na letra da alínea a), do n.º 2, do artigo 72.º do CCP, consideramos pertinente traçar uma linha de fronteira entre estes dois documentos. A declaração apresentada segundo o modelo do Anexo I é emitida sob compromisso de honra. O concorrente declara que se obriga a cumprir e executar o futuro contrato que vier a ser celebrado em consonância com o fixado no Caderno de Encargos, sendo que ao prestar a declaração está a aceitar, sem reservas, todas as cláusulas daquele. Ademais, através do Anexo I, o concorrente enumera todos os documentos que constituem a proposta, assim como declara que não se encontra em situação de impedimentos, nos termos do artigo 55.º do CCP.

Por sua vez, nos procedimentos com publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), o DEUCP é apresentado em substituição da declaração conforme com o Anexo I, conforme prescreve o artigo 57.º, n.º 6 do CCP. Neste caso, os concorrentes não assumem o compromisso vertido na declaração conforme o Anexo I, podendo, contudo, ser exigida uma declaração através da qual o concorrente se vincule a executar o contrato em conformidade com o Caderno de Encargos⁷⁴.

Apesar de se encontrar autonomamente consagrada numa alínea (sendo agora uma opção clara⁷⁵), a incompleta ou não apresentação de documentos constitutivos da proposta que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores nem sempre reuniu consenso junto da doutrina e dos tribunais, encontrando-se acórdãos com arestos em

⁷¹ Destacam-se os Acórdãos do TCA Norte, de 19 de fevereiro de 2021, processo n.º 00731/20.9BELSB; e do TCA Sul, de 10 de dezembro de 2020, processo n.º 149/20.3BEALM.

⁷² PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, *op.cit.*, p. 770.

⁷³ PEDRO SANTOS AZEVEDO, “O artigo 72.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos: Anotações”, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁴ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, *op.cit.*, p. 492.

⁷⁵ PEDRO SANTOS AZEVEDO, “O artigo 72.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos: Anotações”, *op. cit.*, p. 130.

sentidos díspares. O STA veio referir, em Acórdão, de 11 de setembro de 2019 (proc. 0829/18.3BEAVR), que “[a] falta de apresentação de “DEUCP” (que apesar de obrigatória não era exigida no programa do concurso) não conduz à imediata exclusão do candidato, apenas implicando o convite ao suprimento (...)”.

Cumpra indagar sobre a inclusão do Anexo I no elenco exemplificativo do n.º 3 do artigo 72.º do CCP. Esta declaração assume um contorno especial e não se confunde com o DEUCP. O seu caráter imperativo é sublimado, trata-se de um requisito elementar definido pelo legislador. Entende-se que a declaração conforme o Anexo I e o DEUCP assumam um estatuto procedimental idêntico e, conseqüentemente, que a sua falta seja motivo de exclusão. Atenta a teologia subjacente ao Anexo I, questiona-se se a sua posterior submissão não fere os princípios gerais da contratação pública. Na verdade, permite-se que um concorrente receba a vantagem de decidir se pretende ou não continuar a vincular-se à sua proposta, num momento em que os restantes concorrentes cumpridores se vincularam⁷⁶.

Reconhecemos que se trata de uma declaração genérica de compromisso, pelo que os concorrentes terão sempre que se manifestar de forma específica quanto às condições e especificações que decorrem das peças do procedimento. Assim entendeu o STA, em Acórdão de 7 de setembro de 2023, (proc. n.º 0462/22.5BELSB). Ora, o STA veio referir que “[a] finalidade da declaração genérica visa dispensar os concorrentes a pronunciar-se especificadamente sobre todas e cada uma das especificações técnicas ou exigências constantes das peças do procedimento para as quais a entidade adjudicante não exige a pronúncia específica, por se saber que, em muitos casos, tal poder ser muito oneroso para os concorrentes, atento o elevado número ou a complexidade das especificações técnicas ou exigências.”.

Não obstante este alcance genérico, estes documentos assumem um caráter vinculativo, indispensável para o desenrolar do procedimento. No entanto, acompanhamos a posição vertida no TCA Norte, no Acórdão de 20 de outubro de 2023, (proc. n.º 00018/23.5BEMDL), no que à essencialidade da declaração diz respeito. A abordagem já não deverá ser feita tendo em consideração a dualidade de formalidades essenciais ou não essenciais, mas pelo ferimento dos princípios. Estaríamos a reduzir a importância da presente formalidade.”.

⁷⁶ Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Entre a igualdade concorrencial e o interesse público contratual: questões suscitadas ...”, *op. cit.*, p. 104.

Ademais, ambos os documentos são declarativos e não comprovativos⁷⁷, por isso a declaração será sempre efetuada no momento da submissão do documento, ao passo que os restantes documentos abrangidos pela alínea a) se destinam a comprovar um atributo ou termo e condição já propostos noutra documento da proposta.

O legislador italiano tem acompanhado as opções do legislador português. Na verdade, o instituto “soccorso istruttorio” teve reconhecimento na Lei n.º 241/1990. O artigo 6.º do referido diploma permitia a retificação de declarações ou de pedidos errados ou incompletos⁷⁸. No que à disciplina da contratação pública diz respeito, o “soccorso istruttorio” foi previsto nos Decretos Legislativos n.º 406/1991, n.º 358/1992 e n.º 157/1995. Por sua vez, foi no Decreto Legislativo n.º 163/2006 que se previu a possibilidade de “completar ou prestar esclarecimentos sobre o conteúdo das certidões, documentos e declarações”. À semelhança dos dissensos verificados nos tribunais administrativos portugueses quanto a esta matéria, os tribunais italianos foram-se pautando por construções de limites, sendo que apenas era possível regularizar a documentação já apresentada, mas nunca incorporar novos documentos.

Subsequentemente, em 2016, o artigo 83.º, n.º 9 do Decreto-Legislativo n.º 50/2016 (“Codice dei contratti pubblici”) veio alargar o âmbito de aplicação do instituto⁷⁹, possibilitando sanar “deficiências de qualquer elemento formal [da proposta]”, assim como situações de “falta, incompletude” de outros elementos, destacando-se o DEUCP.

Retomando a análise do teor do n.º 2 do artigo 73.º do CCP, a **alínea b)** reporta-se à não junção de tradução em língua portuguesa de documentos apresentados em língua estrangeira. Cumpre referir que o artigo 146.º, n.º2, alínea d) do CCP deixou de determinar a exclusão das propostas que violem o artigo 58.º do CCP. Trata-se de uma solução favorável, uma vez que mantem a obrigatoriedade de redação dos documentos em português.

Contudo, apesar de não se tratar de uma exigência legal, poderá ser imposta pelas peças do procedimento, que poderão determinar a exclusão em caso de incumprimento⁸⁰. Nesse caso, o suprimento já será necessário.

⁷⁷ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, op. cit., pp. 204 e 205.

⁷⁸ STEFANO FANTINI e HADRIAN SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici : aggiornato allo schema di decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 85.

⁷⁹ ANGELO BONAITI e STEFANO VACCARI, “Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principî e interessi protetti”, in *DIRITTO AMMINISTRATIVO*, Vol. XXXI, 2023, pp.183 e 184.

⁸⁰ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, op.cit., p. 770.

3.3. Em especial, as assinaturas eletrônicas: formalidades com impacto substantivo?

A **alínea c)** do n.º 3 do artigo 72.º do CCP refere que a falta ou insuficiência da assinatura, incluindo a assinatura eletrônica, de quaisquer documentos que constituam a candidatura ou a proposta, podem ser supridas através da “junção de declaração de ratificação devidamente assinada e limitada aos documentos já submetidos.”.

É verdade que o legislador no preâmbulo do DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro, veio anunciar “[u]ma adequada participação procedimental através de meios eletrônicos.”, sendo esta uma das grandes novidades do CCP⁸¹. Apesar de se registarem várias vantagens, em especial a transparência⁸² da atividade administrativa, a tramitação eletrônica de procedimentos pré-contratuais trouxe consigo uma forte carga burocrática⁸³. Por essa razão, assistiu-se a um novo foco de litigiosidade – a omissão ou insuficiência da assinatura eletrônica de documentos constitutivos da candidatura ou da proposta.

No plano legislativo, a tramitação eletrônica dos procedimentos pré-contratuais teve inicialmente expressão normativa no DL n.º 143-A/2008, de 25 de junho, que incidu na regulação da disponibilização e da utilização das plataformas eletrônicas de contratação pública⁸⁴, assim como na Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de julho⁸⁵, que definiu os requisitos e condições a que deve obedecer a utilização de plataformas eletrônicas. Os referidos diplomas foram mais tarde substituídos pela Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, que regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrônicas de contratação pública, que designaremos por “LPE”.

⁸¹ MARCO CALDEIRA, “O Suprimento da Falta de Assinatura Electrónica na Proposta de Alteração do Código dos Contratos Públicos”, in Newsletter, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, CEDIPRE, n.º 12, Agosto 2020, p. 7. Disponível em: https://www.cedipre.fd.uc.pt/wp-content/uploads/pdfs/newsletter/newsletter_12.pdf.

⁸² MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Contratos Públicos, Transparência e Acesso à Informação: Uma abordagem preliminar”, in AA.VV., *Atas do XI Encontro de Professores de Direito Público* (coord. Ana Gouveia Martins, Anabela Leão, Benedita Mac Crorie e Patrícia Fragoço Martins), 2018, p. 132. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349695.

⁸³ MARCO CALDEIRA, “O Suprimento da Falta de Assinatura Electrónica na Proposta de Alteração do Código dos Contratos Públicos”, *ob. cit.*, p. 7.

⁸⁴ Transpondo, assim, o artigo 29.º da Diretiva 2014/23/UE.

⁸⁵ Nos termos dos artigos 18º, n.ºs 3 e 4, e 27º, nº 1, devem ser assinados todos e cada um dos documentos que compõem a proposta no procedimento de empreitada de obra pública, submetida à plataforma eletrônica oficial.

Atento este quadro legal, a apresentação das propostas ou candidaturas em desrespeito pelas *formalidades eletrónicas*⁸⁶, culminaria na exclusão da proposta ou da candidatura, nos termos do artigo 146.º, n.º 2, alínea l), e artigo 184.º, n.º 2, alínea i) do CCP, respetivamente.

Dos vários pontos mais candentes, ressaltam dois: a questão da assinatura eletrónica (não) individualizada dos documentos constitutivos e o momento da aposição da assinatura. Quanto à primeira questão, a LPE veio clarificar no n.º 5 do artigo 54.º que a aposição de assinatura eletrónica qualificada “deve ocorrer em cada um dos documentos eletrónicos (...) sob pena de causa de exclusão da proposta nos termos do artigo 146.º do Código dos Contratos Públicos”. Este preceito veio serenar as controvérsias na doutrina e nos tribunais⁸⁷. Quanto à discussão sobre a essencialidade (ou não) das assinaturas, o STA, em Acórdão de 3 de dezembro de 2015 (processo n.º 01028/15, em sede de revista excecional) veio sustentar que a exigibilidade de assinatura eletrónica em todos os documentos constitutivos da proposta se afigura uma opção legislativa clara, justificada pela certeza e segurança jurídica. Mais acrescenta o STA que “[a] desconsideração da exigência legal frustraria esse objectivo, introduzindo margem de incerteza ou alastramento da controvérsia num aspeto do procedimento onde o legislador privilegiou uma solução ordenada a eliminá-las.”.

Na verdade, a temática relativa ao *carregamento progressivo* das propostas, regulado no artigo 68.º da LPE, tem gerado uma crescente litigiosidade junto dos tribunais. O preceito permite o carregamento progressivo das propostas, até ao fim do prazo para a submissão das mesmas. O n.º 4 preceito veio consagrar a modalidade de carregamento “ficheiro fechado” - quando o interessado realiza o carregamento, na plataforma eletrónica, de um ficheiro de uma proposta, este deve estar já encriptado e assinado com recurso a assinatura eletrónica qualificada -, ao passo que o n.º 5 veio estabelecer a modalidade de “ficheiro aberto”, através da qual os ficheiros das propostas podem ser carregados de forma progressiva na plataforma eletrónica, encriptados⁸⁸, permitindo a permanente alteração dos documentos até ao momento da submissão. Assim, e tal como já entendido pelo STA em várias pronúncias, - no Acórdão de

⁸⁶ Assim designado por MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos, op. cit.*, p. 508.

⁸⁷ A este respeito, vejam-se os arestos dos Acórdãos do STA, de 30 de janeiro de 2013 (proc. n.º 01123/12; e de 3 de dezembro de 2015 (proc. n.º 01028/15). Questionava-se se a segurança jurídica, fidedignidade e autenticidade ficariam comprometidas com a assinatura não individualizada. Cf. SARA AUGUSTO DE MATOS e PEDRO SANTOS AZEVEDO, “Breves considerações sobre a assinatura electrónica na contratação pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 15, setembro-dezembro 2014, p. 40.

⁸⁸ A encriptação dos documentos não se confunde com a aposição da assinatura qualificada.

06.12.2018 (processo n.º 0278/17.0BECTB) e no acórdão de 23.04.2020 (processo n.º 02226/18.1BELSB) - a modalidade de carregamento progressivo da proposta dispensa a assinatura no efetivo momento da submissão da proposta.

Com relevo para a apreciação desta temática, cumpre analisar duas linhas de raciocínio que acompanham esta discussão:

- (i) a admissibilidade do suprimento de irregularidades, isto é, a aposição em falta e correção da insuficiência da assinatura⁸⁹, incluindo a assinatura eletrónica⁹⁰. O TCA Sul, em Acórdão de 30 de abril de 2020 (proc. 245/19.0BEFUN), veio apresentar uma *nuance*. O tribunal concedeu provimento ao recurso, tendo entendido que, embora a recorrente não tenha assinado eletronicamente o documento, após a assinatura eletrónica no momento da apresentação efetiva da proposta, pela sua submissão na plataforma eletrónica. Considerou o Tribunal que esta formalidade essencial [assim entendida pelo Tribunal] se poderia degradar, uma vez que a concorrente se vinculou “[a] cumprir os termos, condições, especificações, preços, vertidos em cada um dos documentos constantes da proposta, independentemente da sua prévia e individual assinatura, e assumidos na plataforma como versão final, inalterada e inalterável daquela.”.

A jurisprudência financeira reconhece em vários acórdãos a possibilidade de suprimento. Refere o TdC no Acórdão n.º 17/2020 (proc. n.º 4201/2019), que “[o] suprimento não era suscetível de introduzir qualquer alteração nas qualidades da proposta, não tendo, conseqüentemente, qualquer impacto na sua concorrência”. Por sua vez, no Acórdão n.º 23/2021 (proc. n.º 1446/2021), é entendido que “[a] não aposição de assinatura digital qualificada, conforme exigido no programa de concurso e nos termos do n.º 1 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, (...) configura uma irregularidade, formalidade não essencial”.

⁸⁹ Ancorando-se no princípio da proporcionalidade, veja-se, desde logo, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 22.10.2010, processo n.º 00323/10.0BECBR, no qual o Tribunal referiu ser desproporcional a exclusão da proposta, devendo o júri ter convidado à regularização.

⁹⁰ Veja-se o Acórdão do TCA Norte, de 23.11.2018, proferido no âmbito do processo n.º 00887/14.0BEVIS, no qual o Tribunal rejeitou a exclusão da proposta em virtude de “[a] aposição da assinatura eletrónica (...) [não se traduzir num] vício substancial mas meramente formal, de uma formalidade *ad probationem* (...)”.

(ii) e a não admissibilidade de suprimento em virtude de se tratar de uma formalidade insuscetível de degradação em formalidade não essencial.

Já no que concerne ao agrupamento de ficheiros, recentemente, o STA, em acórdão de 17 de novembro de 2023⁹¹ (proc. n.º 12/2023), veio uniformizar as regras quanto à assinatura digital dos documentos das propostas. Decidiram os Juízes Conselheiros que “[a] submissão de uma proposta num ficheiro em formato PDF assinado digitalmente que agrupou vários documentos autónomos não assinados eletronicamente não cumpre a exigência da assinatura individualizada de cada documento imposta pelo n.º 4 do artigo 57.º do CCP e pelo n.º 5 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015”. Note-se que este foi o entendimento à luz do texto legal em vigor aplicável *in casu*.

Nos dias de hoje, atenta a alínea c), do n.º 2 do artigo 72.º do CCP, é discutível que uma proposta apresentada nas condições enunciadas no acórdão fosse excluída, por preterição de uma formalidade essencial. A norma *sub judice* é clara quando refere “falta ou insuficiência de quaisquer documentos”. Ademais, a nosso ver, a intangibilidade da proposta (e dos documentos) nunca seria colocada em causa, na medida em que as próprias plataformas eletrónicas impedem a alteração das propostas, a revisão de autoria, bem como, o desrespeito pelo mapa principiológico da contratação pública⁹². Deste modo, à luz do disposto nos artigos 31.º e 50.º da Lei n.º 96/2015 de 17 de agosto (LPECP), não é equacionável questionar o limite geral do n.º 2 do artigo 72.º do CCP, na medida em que não está em risco uma modificação do conteúdo da proposta ou a violação dos princípios jurídicos (conforme se retira, aliás, dos artigos 31.º, 50.º e 52.º da LPE).

Acompanhamos a opinião de PEDRO SANTOS AZEVEDO⁹³ que reconhece a bondade da alteração, admitindo que esta alteração legislativa vem abalar a controvérsia em torno da questão das assinaturas eletrónicas. Abandona-se, assim, a corrente substancialista, avistando-se uma mudança de paradigma nesta matéria.

⁹¹ No voto de vencido, o Juiz Conselheiro Carlos Luís Medeiros de Carvalho refere que “no domínio da contratação pública deve observar-se o princípio do *favor participationis*, ou do favor do procedimento, que impõe que, em caso de dúvida, se privilegie a interpretação da norma que favoreça a admissão do concorrente, ou da sua proposta.”

⁹² Neste sentido, acompanhamos ANTÓNIO MENDES DE OLIVEIRA, “Em debate: A Revisão de 2022 – O novo regime de suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas”, *ob. cit.*, p. 38.

⁹³ PEDRO SANTOS AZEVEDO, “O artigo 72.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos: Anotações”, *op. cit.*, p. 131.

No entanto, várias questões são ainda inconclusivas: desde logo, o intérprete encontra como paralelo na análise deste instituto da ratificação o artigo 268.º do Código Civil, sendo, assim, pouco claro se o instituto se destina apenas aos poderes do assinante da proposta⁹⁴. Na esteira de raciocínio de PEDRO COSTA GONÇALVES, a referência do instituto da ratificação permite abranger as situações de suprimento necessários na sequência da falta de assinatura de quem (já) detinha poderes⁹⁵. Ademais, o legislador *deixa em aberto* o processo de ratificação, isto é, a sua materialização no decorrer do procedimento. Por último, consideramos que o inciso “ratificação devidamente assinada” não esvazia de sentido o debate quanto às assinaturas.

Ficaremos, todavia, pela breve referência a este assunto, uma vez que, e acompanhando o raciocínio de PEDRO SANTOS AZEVEDO⁹⁶, o problema reside precisamente no regime das plataformas eletrónicas e, conseqüentemente, das assinaturas.

Atento o artigo 7.º, n.º 1, do DL n.º 290-D/99, de 2 de agosto, retiram-se, através de presunções legais, três finalidades da exigência de assinatura eletrónica qualificada: (i) função identificadora (o documento é assinado por quem tem poderes para o ato); (ii) função finalizadora (intenção subjacente de assinar); (iii) e função que atesta a inalterabilidade do documento *in casu*. Estas serão parâmetros de análise a ter em consideração na tarefa de se apurar o cumprimento destas exigências formais eletrónicas. A questão que tem permanecido na ordem do dia é a de saber se o carregamento de ficheiros sem assinatura eletrónica qualificada e a sua posterior aposição vem ferir a inalterabilidade do conteúdo dos documentos.

Ora, parece-nos excessivamente formalista excluir uma proposta a cujos documentos tenha sido aposta assinatura eletrónica qualificada apenas no momento da sua elaboração ou no momento da sua entrega efetiva. As duas modalidades de carregamento são, assim, alternativas, na medida em que ambos os casos estão assegurados a inalterabilidade dos documentos findo o prazo de apresentação de propostas.

⁹⁴ Neste sentido, NOÉMIA SANTOS, “Algumas notas sobre a recente alteração ao regime de suprimento de irregularidades”, *ob. cit.*, p. 79.

⁹⁵ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos, op.cit.*, p. 771.

⁹⁶ PEDRO SANTOS AZEVEDO, “O artigo 72.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos: Anotações”, *op. cit.*, p. 131.

O DL n.º 290-D/99, de 2 de agosto⁹⁷, estabelece uma presunção no artigo 7.º, n.º 1, alínea c). Do preceito retira-se que o conceito de “assinatura eletrónica qualificada” encerra em si a presunção de que o documento não irá sofrer alterações a partir do momento em que lhe é aposta a assinatura eletrónica qualificada. O problema de base da inatingibilidade dos documentos das propostas assinados com assinatura eletrónica qualificada advém das próprias plataformas e não da possibilidade ou não de suprimento. Na verdade, o artigo 31.º da LPE permite extrair um raciocínio lógico-dedutivo. A própria plataforma regista todas as incidências, assim como estas têm o “dever” de conservar os documentos no seu formato original.

Em Acórdão, de 10 de dezembro de 2020 (proc. n.º 149/20.3BEALM), o STA veio enaltecer que os valores acautelados com a assinatura eletrónica eram satisfeitos em ambas as modalidades de carregamento dos documentos da proposta.

Cumprir notar que no direito francês, o artigo R2152-2 do *Code de la commande publique* estabelece que a entidade adjudicante pode autorizar a regularização das propostas dentro de um prazo apropriado, desde que estas não sejam anormalmente baixas. Mais acrescenta que a regularização das propostas afetadas por irregularidades não pode ter por efeito a alteração das *características substanciais* das propostas⁹⁸. No que às assinaturas diz respeito, importa recordar a decisão do *Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies*, de 28 de março de 2022, n.º 454341. Na referida decisão, um dos formulários exigidos não foi acompanhado de assinatura, nem devidamente preenchido, tendo o *Conseil d'État* referido que não havia lugar à regularização.

⁹⁷ Na redação do Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de abril.

⁹⁸ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, op. cit., p. 497.

4. Da compatibilidade com o direito europeu

Aqui chegados, cumpre notar que a admissibilidade do suprimento de irregularidades tornou-se globalmente mais favorável com a emergência do quadro normativo europeu (*in casu*, com as Diretivas de 2014), acompanhada da evolução da jurisprudência do TJUE. Assim, fruto da europeização, a harmonização de culturas jurídico-administrativas impulsionou os legisladores nacionais a contemplar nas diferentes ordens jurídicas o mecanismo de suprimento de irregularidades.

Nesta senda, analisada a solução normativa portuguesa, é agora tempo de refletir sobre o quadro europeu. As diretivas europeias de contratação pública de 2004 não contemplavam uma solução complexa para esta temática. Em particular, a Diretiva 2004/18/CE apenas indicava no artigo 51.º que a entidade adjudicante podia convidar os operadores económicos a complementar ou a explicitar os documentos e certificados apresentados, nos termos dos artigos 45.º a 50.º. Importa notar que esta possibilidade era exclusiva para os documentos de habilitação e certificados (a fim de atestar, nomeadamente, a “situação pessoal do candidato ou do proponente”, a sua “capacidade económica e financeira”, a “habilitação para o exercício da atividade profissional” e “capacidade técnica e/ou profissional”, bem como a “garantia de qualidade”).

Posto isto, acabou por ser no artigo 56.º, n.º 3, da Diretiva n.º 2014/24/UE que o legislador europeu estabeleceu, ainda que genericamente⁹⁹, a possibilidade das entidades adjudicantes solicitarem aos operadores económicos que “apresentem, acrescentem, clarifiquem ou completem a informação ou documentação pertinentes num prazo adequado, desde que tal seja solicitado no respeito integral dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência.”. Quer isto significar que este preceito veio provocar uma mudança no que à regularização de propostas nos procedimentos de contratação pública diz respeito, evidenciando uma “abordagem bastante aberta e flexível”¹⁰⁰.

Partindo para uma análise do normativo, o âmbito objetivo do preceito enuncia, desde logo, um alargamento face ao artigo 51.º da Diretiva 2004/18/CE. Já não se trata

⁹⁹ JORGE PAÇÃO, “O suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a motivação ...”, *op. cit.*, p. 46. De igual modo, ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, “A Duty to ‘Save’ Seemingly Non-Compliant Tenders for Public Contracts? - Comments on Art 72 of the 2017 Portuguese Code of Public Contracts”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2, maio-agosto 2018, p. 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3145088>.

¹⁰⁰ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, *op. cit.*, p. 492.

apenas de explicitar ou complementar documentos relativos à habilitação¹⁰¹, sendo, assim, possível regularizar a falta de documentos constitutivos da proposta. Tratando-se de um preceito geral, o legislador europeu definiu como limite “[o] respeito integral dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência.”¹⁰².

4.1. Da razoabilidade do prazo

O n.º 3 do artigo 72.º do CCP indica um prazo de cinco dias dado ao concorrente para suprimento das irregularidades da proposta. A este propósito, o legislador europeu apela na diretiva a um “prazo razoável”, conferindo assim margem para fixação do prazo. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO defende que o prazo de 5 dias pode revelar-se insuficiente, especialmente nos casos em que o fundamento da irregularidade da proposta necessitar de mais tempo para o seu suprimento, advogando uma “dilação adicional a não ser imputável ao concorrente”¹⁰³. O autor recorre a outras soluções normativas do CCP para ilustrar que a concessão de um prazo adicional poderia ser acolhida – sendo os casos a que alude os dos artigos 86.º, n.º 3, 91.º, n.º 1 e 92.º do CCP. Já noutro quadrante, PEDRO COSTA GONÇALVES¹⁰⁴ defende a admissibilidade de um prazo mais curto, mas nunca mais longo do que cinco dias.

Avistando-se uma posição mais cautelosa (e realista), o novo Código dos Contratos Públicos italiano, aprovado pelo Decreto-Legislativo n.º 36/2023, de 31 de março de 2023, procurou simplificar e clarificar o instituto (tal como o legislador português com a revisão do CCP em 2022). Assim, no artigo 101.º, n.º 1, o legislador estabeleceu que a entidade adjudicante atribui um prazo não inferior a cinco dias e máximo de dez dias para (i) apresentar documentos constitutivos da proposta em falta ou o DEUCP, excluindo-se os documentos que constituem “a oferta técnica e a proposta em termos económicos”; (ii) regularizar omissões, inexatidões ou irregularidades nas propostas, no DEUCP ou em qualquer outro documento solicitado pela entidade adjudicante no programa do concurso. Nos termos do n.º 2, é motivo de exclusão a omissão de suprimento no prazo estabelecido pela entidade adjudicante.

¹⁰¹ NOÉMIA SANTOS, “Algumas notas sobre a recente alteração ao regime de suprimento de irregularidades”, *ob. cit.*, p. 75.

¹⁰² ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, “A Duty to ‘Save’ Seemingly Non-Compliant Tenders for Public Contracts? - Comments on Art 72 of the 2017 Portuguese Code of Public Contracts”, *op. cit.*, páginas 60 e 61.

¹⁰³ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, *op. cit.*, p. 503.

¹⁰⁴ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, *op. cit.*, p. 771.

4.2. Convite ao suprimento – um verdadeiro dever jurídico da entidade adjudicante?

No que diz respeito à querela “*dever* ou *discrecionariiedade*” de solicitar a regularização das propostas, o mecanismo é encarado pelo TJUE como uma faculdade. Vejamos o seguinte segmento no parágrafo 32 do Acórdão *Archus and Gama*: “ (...) no que diz respeito à faculdade de pedir aos candidatos que clarifiquem a sua proposta (...)” (sublinhado nosso). Ora, daqui se retira que o artigo 56.º, n.º 3 da Diretiva 2014/24/UE, aparentemente, procurou deixar margem para a entidade adjudicante decidir solicitar, ou não, o suprimento¹⁰⁵.

Ao contrário do legislador português, a jurisprudência europeia tem-se mostrado bastante reticente¹⁰⁶ quanto à imposição de um dever de solicitação de suprimento de irregularidades por parte das entidades adjudicantes. Na verdade, afere-se da jurisprudência já aqui enunciada que há uma forte preocupação em não molestar os princípios jurídicos. No Acórdão *Slovenko*, o tribunal refere que “permitir à entidade adjudicante solicitar esclarecimentos (...) a um candidato cuja proposta se considere ser imprecisa ou não conforme às especificações técnicas do caderno de encargos poderia dar a entender que a entidade adjudicante, caso a proposta desse candidato viesse a ser escolhida, negociou a proposta confidencialmente, prejudicando outros candidatos, em violação do princípio da igualdade de tratamento.” [para. 37].

À semelhança do legislador português, a jurisprudência italiana, ainda que de forma menos incisiva, também considera imperativo o recurso à figura do “*soccorso istruttorio*”, anteriormente já referida. No recente Acórdão, de 23 de dezembro de 2023, n. 758, o tribunal reforçou que o instituto visa privilegiar a substância em detrimento da forma, permitindo integrar ou clarificar a documentação já apresentada, desde que tal não implique alterações substanciais ou confira vantagem competitiva indevida.

A solução perfilhada pelo legislador português e italiano é justificada pelo facto de que, estando a proposta sanada de irregularidades, consegue-se assegurar a escolha da melhor proposta para a entidade adjudicante¹⁰⁷. No ordenamento jurídico português, não restam dúvidas de que se trata de uma “atuação juridicamente

¹⁰⁵ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos, op. cit.*, p. 501.

¹⁰⁶ No entanto, ainda que no âmbito dos esclarecimentos, o Acórdão *Tideland Signal* do TG refere que “(...) estava obrigada a pedir esclarecimentos à recorrente (...) nomeadamente de acordo com o princípio da boa administração”.

¹⁰⁷ Neste sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos, op. cit.*, p. 501.

imperativa”¹⁰⁸¹⁰⁹. O teor literal do n.º 3 e do n.º 4 do artigo 72.º do CCP indiciam este *dever* com os operadores deôntico “deve” e “procede”, respetivamente. Por outro lado, esta interpretação seria sempre alcançada através dos princípios jurídicos, como por exemplo, o princípio da boa administração.

Como consequência deste dever, o júri fica assim sem margem para excluir propostas com irregularidades formais nos casos em que era possível o suprimento¹¹⁰. No entanto, como refere PEDRO COSTA GONÇALVES¹¹¹, a decisão sobre pedir o suprimento de uma irregularidade faz impender sobre a entidade adjudicante, *maxime*, o júri do procedimento uma avaliação quanto aos limites de aplicação do mecanismo. Ou seja, existindo dúvidas quanto ao risco de modificação do conteúdo da proposta, ou quanto à violação de princípios jurídicos, o autor defende que deve ser remetido para o concorrente o ónus de demonstrar que a irregularidade pode ser sanada através do mecanismo de suprimento.

4.3. Um quadro principiológico (conflituante) como limite à regularização das propostas

Apesar de não existir uma norma de teor genérico¹¹², o TJUE evidenciava *sinais de abertura*¹¹³ quanto à possibilidade de sanção de propostas e candidaturas afetadas por irregularidades¹¹⁴, ao abrigo dos princípios gerais da contratação pública. Assim, descortina-se uma vasta jurisprudência europeia permissiva à regularização de propostas.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Neste sentido, veja-se a jurisprudência do Tribunal de Contas: Acórdão n.º 17/2020, proferido no âmbito do processo n.º 4201/2019.

¹¹⁰ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, *op. cit.*, p. 771; e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, *op. cit.*, p. 502.

¹¹¹ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, *op. cit.*, p. 771.

¹¹² MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, *op. cit.*, p. 491.

¹¹³ NOÉMIA SANTOS, “Algumas notas sobre a recente alteração ao regime de suprimento de irregularidades”, *ob. cit.*, p. 74. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ refere que a entrada em vigor das diretivas de 2014 não representa uma revolução em relação ao quadro jurídico anterior. Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Revolution or consolidation of the boundaries regarding correction of tenders for public contracts? The contribution of European and Portuguese case law”, in *Public Procurement Law Review*, 2024, p. 2-3.

¹¹⁴ JORGE PAÇÃO, JORGE PAÇÃO, “O suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a motivação ...”, *op. cit.*, p. 42.

Desde logo, destaca-se o Acórdão *Manova*¹¹⁵, de 10 de outubro de 2013, sob o processo nº C-336/12, nos termos do qual “ [o] princípio da igualdade de tratamento deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que uma entidade adjudicante peça a um candidato, após a expiração do prazo previsto para a apresentação de candidaturas a um contrato público, a comunicação de documentos descritos da situação desse candidato, como o balanço publicado, cuja existência antes da expiração do prazo fixado para apresentar as candidaturas é objetivamente averiguável na medida em que os documentos do referido contrato não tenham imposto explicitamente a sua comunicação sob pena de exclusão da candidatura. Tal pedido não deve favorecer ou desfavorecer indevidamente o ou os candidatos a quem o referido pedido foi dirigido” (para. 39). Exemplo de favorecimento seria o concorrente ou candidato em causa ter mais tempo para preparar a apresentação de um documento “mais complexo”¹¹⁶.

Neste acórdão procura-se perceber se as peças procedimentais determinam a exclusão da proposta ou candidatura com a falta de apresentação de documentos. Caso assim seja, então não haverá lugar à regularização¹¹⁷ da proposta ou candidatura. A este propósito, o TJUE justificou que a entidade adjudicante deve observar estritamente os critérios que ela própria fixou (para. 40). Encontramos aqui uma discrepância com o artigo 72.º, n.º 3 do CCP, na medida em que o suprimento só interessa para salvar propostas que poderão resultar em exclusão (requisito da *necessidade*). Mesmo posteriormente, no Acórdão *Lavorgna*, de 2 de maio de 2019, processo C-309/18, é referido que “[o] princípio da igualdade de tratamento e o dever de transparência devem ser interpretados no sentido de que se opõem à exclusão de um operador económico do processo de adjudicação de um contrato público na sequência do incumprimento, por esse operador, de uma obrigação que resulta não expressamente dos documentos relativos a esse processo ou da lei nacional em vigor mas da interpretação dessa lei (...)” [para. 20].

O Acórdão *Slovensko*, de 29 de março de 2012, sob o processo C-599/10, veio declarar que “os elementos relativos à proposta po[dem] ser corrigidos ou completados pontualmente, no caso de necessitarem manifestamente de uma simples clarificação, ou para se eliminarem erros materiais manifestos, desde que essa modificação não

¹¹⁵ SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. I, 3:ª ed., Sweet & Maxwell, 2014, p.694.

¹¹⁶ *Idem*, p. 695.

¹¹⁷ *Idem*, p. 696.

conduza, na realidade, à apresentação de uma nova proposta.” [para. 40] (sublinhado nosso).

Numa linha de continuidade, o Acórdão *Pippo Pizzo*, de 2 de junho de 2016, sob o processo C-27-15, veio chamar a atenção da interpretação do princípio da igualdade de tratamento e da obrigação de transparência e proporcionalidade. No caso em apreço, existindo uma exclusão na sequência do incumprimento de uma obrigação que não resultava das peças procedimentais, nem da lei, foi entendido que se deve permitir que o operador económico “regularize a situação e cumpra a referida obrigação dentro de um prazo fixado pela entidade adjudicante.” [para. 51] (sublinhado nosso). Era, assim, inexigível cumprir com a obrigação.

Após a entrada em vigor do artigo 56.º, n.º 3, da Diretiva n.º 2014/24/EU, no processo C-131/16, Acórdão *Archus and Gama*, de 11 de maio de 2017, realça-se que a solicitação para regularização das propostas não pode conduzir à apresentação de uma nova proposta [para. 31], vindo reafirmar o disposto no parágrafo 39 do *Esaprojekt sp. z o.o.*, de 4 de maio de 2017, sob o processo C-387/14. Ademais, nesta sede é admitida a correção ou completude da proposta “no caso de necessitar obviamente de uma clarificação, ou para se eliminarem erros materiais manifestos, (...)” [para. 29]. Desta forma, os suprimentos não podem dar oportunidade a alterações substanciais, sendo estas, por exemplo, a alteração na proposta da ordem pela qual o concorrente concorre a certos lotes (Acórdão *Partner Alpenski Dariuz*, processo C-324/14, de 7 de abril de 2016 [para. 68]); assim como a inclusão de uma nova entidade a subcontratar, após o termo do prazo para apresentação de propostas (Acórdão *Esaprojekt* [para. 44]).

Importa não esquecer o Acórdão *M.A.T.I SUD*¹¹⁸, de 28 de fevereiro de 2018, processos C-523/16 e C-536/16, no qual, em sede de conclusões do Advogado-Geral, se enalteceu que a possibilidade de regularização das propostas “pretende corrigir ou eliminar irregularidades menores, que dizem respeito a dados ou elementos cujo carácter anterior ao prazo de apresentação das propostas seja objetivamente verificável, que sejam autorizados pelo anúncio do concurso e que sejam potencialmente aplicáveis a todos os proponentes.”¹¹⁹ [para. 36].

¹¹⁸ Na nota 21 das Conclusões do Advogado-Geral, apresentadas no Acórdão *MA.T.I. SUD*, entra, também, na equação o princípio *favor participationis*, nos termos do qual “ (...) a maior abertura possível à concorrência é prevista não só atendendo ao interesse comunitário em matéria de livre circulação de produtos e serviços, mas também ao próprio interesse da entidade adjudicante envolvida, que disporá assim de uma maior escolha quanto à proposta mais vantajosa e mais adaptada às necessidades do organismo público em causa.”

¹¹⁹ Entendimento já perfilhado em *Manova*.

O Tribunal de Justiça da União Europeia fez escola no que concerne à permissividade da regularização das propostas. As conclusões do Advogado-Geral Bobek, apresentadas em 24 de novembro de 2016, no âmbito do Processo C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o.*, ilustram, através de uma metáfora, a *ratio* subjacente a este novo horizonte normativo: “Na minha opinião, a abordagem do Tribunal de Justiça será talvez mais bem descrita através de uma metáfora: as informações e os documentos apresentados pelo proponente no termo do prazo para a apresentação de propostas representam uma fotografia. Só as informações e a documentação já contidas nessa fotografia podem ser tidas em conta pela entidade adjudicante. Tal não impede a entidade adjudicante de fazer *zoom* sobre quaisquer detalhes da fotografia que estivessem um pouco desfocados e de pedir um aumento da resolução da imagem para ver claramente esses detalhes. No entanto, as informações básicas devem já constar da fotografia original, ainda que em baixa resolução.”.

Assim, em jeito de súmula da jurisprudência europeia, concluiu-se o seguinte¹²⁰:

- (i) o pedido de “clarificação” não pode ser efetuado sem antes a entidade adjudicante ter analisado todas as propostas¹²¹;
- (ii) o convite à regularização não pode traduzir-se na apresentação de uma nova proposta¹²²;
- (iii) o *sub-procedimento* de clarificação ou regularização das propostas deve reger-se à luz do princípio da igualdade¹²³.

A *pedra-de-toque* desta temática dos suprimentos acaba por ser a compatibilização das soluções normativas com o mapa principiológico da disciplina da contratação pública. A ressalva final do n.º 3 do artigo 72.º acompanha o inciso final do preceito da Diretiva 2014/24/UE. É precisamente a ligação com os princípios jurídicos que torna o CCP mais compatível com o normativo da Diretiva. Com efeito, os princípios têm de ser interpretados tendo em consideração a jurisprudência europeia¹²⁴.

¹²⁰ A interpretação de jurisprudência europeia deve ser empreendida de forma cautelosa, atento o seu carácter casuístico (separando, assim, os princípios estruturais de pormenores dos casos concretos). Neste sentido, veja-se também MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, *op. cit.*, p. 505.

¹²¹ Acórdãos do TJUE *Archus and Gama* [para. 30] e *Slovensko* [para. 42-44].

¹²² Acórdãos do TJUE *Archus and Gama* [para. 31]; *Slovensko* [para. 40]; *MA.T.I. SUD* [para. 52].

¹²³ Acórdãos do TJUE *Archus and Gama* [para. 32] e *Slovensko* [para. 45].

¹²⁴ ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, “A Duty to ‘Save’ Seemingly Non-Compliant Tenders for Public Contracts? - Comments on Art 72 of the 2017 Portuguese Code of Public Contracts”, *op. cit.*, p. 67.

Conforme se verificou anteriormente, o TJUE acentua nos acórdãos a confluência dos princípios jurídicos. Nas palavras de PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ¹²⁵, um dos maiores desafios atualmente é a o *conflito* entre princípios jurídicos e o cenário de suprimento de irregularidades formais nas propostas.

Desde logo, o princípio da concorrência assume centralidade nesta matéria, na medida em que uma análise extremamente formal das propostas se afigura um obstáculo à maior abertura da concorrência¹²⁶. Permitir regularizar as propostas permite, assim, garantir uma maior escolha quanto à melhor proposta para o interesse público. A dimensão subjetiva representa para os operadores económicos um *favor participationis*. Não obstante, uma sã concorrência exige implicitamente uma igualdade de tratamento¹²⁷.

Por sua vez, os princípios da igualdade de tratamento e não discriminação exigem o cumprimento integral das regras processuais vinculativas. Havendo lugar ao suprimento de irregularidades, as propostas afetadas serão novamente colocadas no mesmo patamar de competição. Na esteira de raciocínio de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA¹²⁸, “[a] violação do princípio da igualdade envolve sempre uma violação do princípio da concorrência – por se traduzir num benefício (ou sacrifício) da posição pré-contratual de um ou alguns interessados perante a de outros (...)”.

Por outro lado, o princípio da transparência rejeita uma margem de discricionariedade elevada para isentar os concorrentes de critérios procedimentais anteriormente fixados pela própria entidade adjudicante¹²⁹.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, cumpre afirmar que o TJUE continua a demonstrar preocupação com as exclusões *automáticas*, especialmente as motivadas por preterição de critérios complementares constantes de legislação avulsa, não especificada nas peças do procedimento. Visa-se evitar exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público¹³⁰. A este propósito, é oportuna a menção do recente Acórdão

¹²⁵ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Revolution or consolidation of the boundaries regarding correction of tenders for public contracts? The contribution of European and Portuguese case law”, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁶ *Idem*, p. 2.

¹²⁷ Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública, *ob. cit.*, p. 190.

¹²⁸ *Idem*, pp. 190 e 191.

¹²⁹ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Revolution or consolidation of the boundaries regarding correction of tenders for public contracts? The contribution of European and Portuguese case law”, *op. cit.*, p. 2-3.

¹³⁰ FÁBIO DA SILVA RIBEIRO, “Anotação ao artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 15, Set.-Dez. 2022, p. 145.

NV Construct (C-403/21), de 2023. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ faz notar que o princípio do “favor participationis” colide com desproporcionais causas de exclusão, frustrando-se a *ratio* subjacente de maior abertura possível do procedimento aos interessados¹³¹.

Existindo uma constante tensão entre estes princípios, o equilíbrio principiológico torna-se, assim, desafiante.

¹³¹ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Entre a igualdade concorrencial e o interesse público contratual: questões suscitadas ...”, *op. cit.*, p. 85.

5. Conclusão

Por tudo quanto se expôs, cumpre concluir que o atual quadro vigente do mecanismo de suprimento de irregularidades de propostas e candidaturas se pauta por um pendor flexibilizante. Desde logo, note-se, quando o legislador decide optar por incisos como “quaisquer documentos” na alínea c), do n.º 3, do artigo 72.º do CCP.

Atenta a evolução do mecanismo e a alteração legislativa de 2022, o mecanismo já não se esgota nas irregularidades decorrentes da preterição de formalidades não essenciais. Abandonou-se, assim, a discussão da *essencialidade* das formalidades, que reuniu correntes divergentes juntos da jurisprudência.

No que ao elenco exemplificativo do artigo 72.º, n.º 3, do CCP diz respeito, procurámos expor e identificar os pressupostos caracterizadores, tendo sempre presente uma reflexão sobre as questões com que a doutrina e jurisprudência se têm debatido.

É por demais evidente que este mecanismo veio agilizar a dimensão burocrática subjacente às normas administrativas disciplinadoras de procedimentos com um forte pendor formalista e determinante. Conforme já se antecipou, as exigências formais garantem uma decisão da Administração assente no respeito pelos princípios jurídicos, em especial pelo princípio da igualdade e da não discriminação.

É nesta senda que os princípios jurídicos assumem um papel crucial. Partindo do desenvolvimento jurisprudencial da União Europeia, os sujeitos jurídicos da contratação pública são convidados a refletir sobre o grande desafio que este tema convoca – o (des)equilíbrio principiológico.

Com efeito, o estudo do tema conduz-nos a uma reflexão final: não deverá ser a *prevalência da substância sobre a forma repensada a montante* ¹³² pelo legislador, através de um tratamento rigoroso das causas de exclusão? Ademais, as entidades adjudicantes devem partir para uma maior consciencialização do rigor necessário na elaboração de documentos confortadores do procedimento, através da fixação de requisitos estritamente necessários.

¹³² Conforme indaga PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Entre a igualdade concorrencial e o interesse público contratual: questões suscitadas ...”, *op. cit.*, p. 88.

6. Bibliografia

Monografias e artigos científicos

ANDRADE DA SILVA, JORGE, *Código dos Contratos Públicos anotado e comentado*, 11.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2022.

ARROWSMITH, SUE, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. I, 3.^a ed..., Sweet & Maxwell, 2014.

ASSIS RAIMUNDO, MIGUEL, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022.

_____, “Contratos Públicos, Transparência e Acesso à Informação: Uma abordagem preliminar”, in AA.VV., *Atas do XI Encontro de Professores de Direito Público* (coord. Ana Gouveia Martins, Anabela Leão, Benedita Mac Crorie e Patrícia Fragoso Martins), 2018. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349695.

AUGUSTO DE MATOS, SARA / SANTOS AZEVEDO, PEDRO, “Breves considerações sobre a assinatura electrónica na contratação pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 15, setembro-dezembro 2014.

BONAITI, ANGELO / VACCARI, STEFANO, “Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principî e interessi protetti”, in *DIRITTO AMMINISTRATIVO*, Vol. XXXI, 2023.

CORREIA, SÉRVULO, *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, Editora Danúbio, Lisboa, 1982.

COSTA GONÇALVES, PEDRO, *Direito dos Contratos Públicos*, 6.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

DA SILVA RIBEIRO, FÁBIO, “Anotação ao artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 15, Setembro-Dezembro 2022.

- DINIS AYALA, BERNARDO, “A distinção entre formalidades essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 56, Março-Abril 2006.
- DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2018.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO / ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa*, Almedina, Coimbra, 2011.
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um olhar português*, Almedina, Coimbra, 2006.
- FANTINI, STEFANO / SIMONETTI, HADRIAN, *Le basi del diritto dei contratti pubblici : aggiornato allo schema di decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano, 2017.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, PEDRO, *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 2020.
- _____, “Entre a igualdade concorrencial e o interesse público contratual: questões suscitadas pela aplicação proporcional de algumas causas de exclusão de propostas”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 29, abril 2022.
- _____, “Revolution or consolidation of the boundaries regarding correction of tenders for public contracts? The contribution of European and Portuguese case law”, in *Public Procurement Law Review*, 2024. (Acesso através da base de dados Westlaw UK).
- GUERRA TAVARES, GONÇALO, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2019.
- HELENO TERRINHA, LUÍS, “Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto”, in *Comentário ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2018.
- LAMEGO, JOSÉ, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Almedina, Coimbra, 2016.

MENDES DE OLIVEIRA, ANTÓNIO, “Em debate: A Revisão de 2022 – O novo regime de suprimimento de irregularidades das propostas e candidaturas”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 17, Maio-Agosto 2023, Lisboa.

OLAZABAL CABRAL, MARGARIDA, “O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 225 *apud* JORGE PAÇÃO, “O regime de suprimimento de irregularidades das propostas e candidaturas”, *op. cit.*, p.30.

PAÇÃO, JORGE, “O regime de suprimimento de irregularidades das propostas e candidaturas” in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, Janeiro 2020.

_____, “O suprimimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a motivação do legislador e uma resenha sobre as suas origens no direito português dos contratos públicos”, in *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos: 16-17 de Maio de 2019, FDUL: Actas da Conferência* (coord. Miguel Assis Raimundo), AAFDL, Lisboa, 2020.

SANCHEZ-GRAELLS, ALBERT, “A Duty to ‘Save’ Seemingly Non-Compliant Tenders for Public Contracts? - Comments on Art 72 of the 2017 Portuguese Code of Public Contracts”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2, maio-agosto 2018, p. 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3145088>.

SANTOS AZEVEDO, PEDRO, “O artigo 72.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos: Anotações” in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 18, setembro – dezembro 2023, Lisboa.

SANTOS, NOÉMIA, “Algumas notas sobre a recente alteração ao regime de suprimimento de irregularidades” in *Revista de Direito Administrativo*, n.º17, maio-agosto 2023, AAFDL, Lisboa.

VERDE DE SOUSA, LUÍS, “Algumas considerações sobre o regime de suprimimento de irregularidades das propostas”, in AA.VV., *Comentários ao Código dos Contratos Públicos* (Coord. de Carla Amado Gomes *et al.*), 4.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021.

Documentos Governamentais e Literatura Cinzenta

JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Comentários ao Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos”, (Agosto 2016) - Regime da Contratação Pública. Disponível em: https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/02_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojeto_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf.

CALDEIRA, MARCO, “O Suprimento da Falta de Assinatura Electrónica na Proposta de Alteração do Código dos Contratos Públicos”, *in* Newsletter, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, CEDIPRE, n.º 12, Agosto 2020. Disponível em: https://www.cedipre.fd.uc.pt/wp-content/uploads/pdfs/newsletter/newsletter_12.pdf.

Webgrafia

<https://www.diritto.it/procedure-evidenza-pubblica-soccorso-istruttorio/> [último acesso em 15 de abril de 2024].

<https://gesdata.blog/2023/12/14/assinatura-eletronica-6/> [último acesso em 10 de abril de 2024].

Referências jurisprudenciais

TJUE:

- Acórdão do TJUE *Slovenko*, processo C-599/10, de 29 de março de 2012.
- Acórdão do TJUE *Manova*, processo C-336/12, de 10 de outubro de 2013.
- Acórdão do TJUE *Partner Alpenski Dariuz*, processo C-324/14, de 7 de abril de 2016.
- Acórdão do TJUE *Pippo Pizzo*, processo C-27-15, de 2 de junho de 2016.
- Acórdão do TJUE *Esaprojekt sp. z o.o.*, processo C-387/14, de 4 de maio de 2017.
- Acórdão do TJUE *Archus and Gama*, processo C-131/16, de 11 de maio de 2017.

- Acórdão do TJUE *M.A.T.I SUD*, de 28 de fevereiro de 2018, processos C-523/16 e C-536/16, de 28 de fevereiro de 2018.
- Acórdão do TJUE *Lavorgna*, processo C-309/18, de 2 de maio de 2019.
- Acórdão do TJUE NV Construct, processo C-403/21, de 26 de janeiro de 2023.

STA

- Acórdão do STA, de 14 de março de 1995.
- Acórdão do STA, de 23 de maio de 2000 (proc. n.º 045945).
- Acórdão do STA, de 23 de abril de 2003, (proc. n.º 0348/03).
- Acórdão do STA, de 30 de setembro de 2009 (proc. n.º 0703/09).
- Acórdão do STA, de 30 de janeiro de 2013 (proc. n.º 01123/12).
- Acórdão do STA, de 23 de outubro de 2014 (proc. n.º 019/14).
- Acórdão do STA, de 1 de outubro de 2015 (proc. n.º 0856/15).
- Acórdão do STA, de 3 de dezembro de 2015 (proc. n.º 01028/15).
- Acórdão do STA, de 06 de dezembro de 2018 (processo n.º 0278/17.0BECTB).
- Acórdão do STA, de 11 de setembro de 2019 (proc. n.º 0829/18.3BEAVR).
- Acórdão do STA, de 23 de abril de 2020 (processo n.º 02226/18.1BELSB).
- Acórdão do STA, de 10 de dezembro de 2020 (proc. n.º 149/20.3BEALM),
- Acórdão do STA, de 25 de novembro de 2021, (proc. n.º 0210/18.4BELLE).
- Acórdão do STA, de 27 de janeiro de 2022 (proc. 0172/21.0BEBRG).
- Acórdão do STA, de 7 de setembro de 2023 (proc. n.º 0462/22.5BELSB).
- Acórdão do STA, de 17 de novembro de 2023 (proc. n.º 12/2023).

TCA

- Acórdão do TCA Sul, de 18 de novembro de 2010 (proc. n.º 06724/10).
- Acórdão do TCA Norte, de 11 de fevereiro de 2015 (proc. n.º 00490/14.4BECBR).
- Acórdão do TCA Sul, de 30 de abril de 2020 (processo 245/19.0BEFUN).
- Acórdão do TCA Sul, de 10 de dezembro de 2020 (proc. n.º 149/20.3BEALM).
- Acórdão do TCA Norte, de 19 de fevereiro de 2021 (proc. n.º 00731/20.9BELSB).

- Acórdão do TCA Norte, de 6 de setembro de 2022, (proc. n.º 00093/22.0BEPRT).
- Acórdão do TCA Norte, de 20 de outubro de 2023, (proc. n.º 00018/23.5BEMDL).

TdC

- Acórdão n.º 17/2020 (proc. n.º 4201/2019).
- Acórdão do TdC n.º 23/2021 (proc. n.º 1446/2021).
- Acórdão do TdC n.º 4/2022 (proc. n.º 1446/2021).