



OS DESAFIOS DA CONTRATAÇÃO ELETRÓNICA: a nova lei das plataformas e as diretivas comunitárias

Fernando Batista
Jurista

1. Como é sabido, existem novas diretivas europeias sobre a contratação pública e os contratos públicos, actualmente em fase de transposição (cujo prazo termina em 18 de abril de 2016). Estas diretivas (com os n.ºs 23, 24 e 25, todas de 28 de março de 2014), representando a 5ª geração de diretivas europeias sobre a temática da contratação pública, trazem algumas novidades (como, de resto, seria expectável) mas sobretudo dão ênfase à necessidade do relacionamento entre as entidades adjudicantes e os operadores económicos se fazer através de meios tecnológicos. As diretivas de 2004 apenas faziam uma breve referência à contratação eletrónica.
2. De facto, uma das novidades encontramos-na no “considerando n.º 52” da diretiva 2014/24/EU, que diz o seguinte “*Os meios eletrónicos de informação e comunicação podem simplificar grandemente a publicação dos contratos e aumentar a eficiência e a transparência de contratação. Deverão pois tornar-se os meios normais de comunicação e intercâmbio de informações neste domínio, uma vez que aumentam significativamente as possibilidades de participação dos operadores económicos em concursos em todo o mercado interno. Para o efeito, a transmissão dos anúncios em formato eletrónico, a disponibilização eletrónica dos documentos e, após um período de transição de 30 meses, as comunicações integralmente eletrónicas, ou seja, a comunicação por via eletrónica em todas as fases do processo, incluindo a transmissão dos pedidos de participação e, em especial, a transmissão das propostas (apresentação eletrónica), deverão passar a ser obrigatórias*”. Por sua vez, os “meios eletrónicos”, na definição que nos dá o artigo 2º desta diretiva, são “*meios que utilizem equipamento eletrónico para o tratamento (incluindo a compressão digital) e armazenamento de dados transmitidos, transportados e*



recibos através de redes, rádio, meios óticos ou outros meios eletromagnéticos". Esta novidade na contratação é de tal monta que o legislador comunitário entendeu dar um período de 30 meses para que os Estados-membros possam adaptar-se à mesma.

3. Mas para Portugal, esta intenção do legislador comunitário não traz nada de novo, uma vez que as plataformas eletrónicas fazem parte do léxico de quem, do lado da Administração, ou dos operadores económicos, participa nos procedimentos pré-contratuais, não hoje, mas desde a entrada do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Dec.-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.
4. No preâmbulo deste diploma (não nos esqueçamos que estávamos em 2008, 7 anos atrás) já se podia ler *"O CCP prossegue o objetivo da simplificação da tramitação procedimental pré-contratual através da aposta nas novas tecnologias de informação. Introduce-se, a título principal, uma adequada participação procedimental através de meios eletrónicos. É fundamental, num quadro em que o Governo pretende promover a desburocratização, que a contratação pública seja desmaterializada - o que obriga, entre outras coisas, à criação de um sistema alternativo ao clássico papel, fundando as comunicações em vias eletrónicas"*.
5. E desde a primeira versão deste CCP que no seu art.º 62º n.º 1 se estabelece que *"Os documentos que constituem a proposta são apresentados diretamente em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante, através de meio de transmissão escrita e eletrónica de dados, sem prejuízo do disposto na alínea g) do n.º 1 do artigo 115º"* (alínea que permite, no procedimento de ajuste direto, seja utilizado outro meio de transmissão escrita e eletrónica de dados).
6. Podemos concluir que em 2008 a contratação eletrónica já era vista como uma medida de "política secundária", na perspetiva de desburocratizar a contratação, mas também, porque não dizê-lo, de promover a inovação



tecnológica dos pequenos operadores económicos, obrigando-os a aderir às novas tecnologias.

7. Os benefícios associados à introdução de meios eletrónicos no sistema de compras públicas são evidentes: comunicação e processos mais eficazes, eficientes e transparentes; melhor controlo do material e equipamento adquiridos; acessibilidade a todo e qualquer procedimento, em qualquer altura, de qualquer lugar; histórico do consumo (por organismo, gabinete, pessoa, fornecedor, etc), o que facilita previsões, nomeadamente estimativas de gastos e custos futuros; indicadores de gestão, em tempo real, permanentemente actualizados; e desburocratização e agilização da pesada máquina da Administração Pública.
8. Todo o sistema de contratação pública obedece a regras muito rígidas, com vários formalismos legais que é necessário seguir e respeitar na utilização dos dinheiros públicos. Este processo sempre envolveu não só um nível de risco elevado, que se atenua com a introdução de vários mecanismos de controlo internos e externos do organismo público, como também um desperdício de tempo, com prazos muito alargados, comunicações entre a administração e os interessados demoradas e condicionadas a resmas de papel a circular por correio em envelopes fechados. Envolve também um afastamento geográfico e burocrático entre a Administração Pública e as entidades privadas que com ela querem estabelecer relações comerciais. É a estes problemas que a introdução das novas tecnologias no campo das compras públicas procura dar resposta.
9. A implementação da contratação pública eletrónica foi atribuída a plataformas eletrónicas geridas por entidades privadas, cuja actividade era baseada nas mais elementares regras da concorrência. Cada plataforma teria de ser credenciada por um organismo específico (CEGER) e só depois de confirmada todas as condições de segurança, robustez e cumprimento com as normas legais, podia operar no mercado. Cada entidade adjudicante teria, assim, de contratar uma plataforma eletrónica por onde corriam todos os seus procedimentos pré-contratuais, e tal sucedia após o lançamento de um



procedimento concorrencial. Até há bem pouco tempo existiam 7 plataformas credenciadas, agora existem apenas 6.

- 10.** Foram tempos de grandes desafios, não só para os operadores económicos como também para as entidades adjudicantes que tiveram de se adaptar a um novo paradigma da contratação pública. Aos primeiros, o grande desafio colocado dizia respeito à forma de submeter as propostas e da sua assinatura. Exactamente por isso, foi necessário em Portugal um período transitório e, só a partir de novembro de 2009 a utilização de plataformas eletrónicas passou a ser obrigatória. Ainda assim, no início existiu alguma resistência, nomeadamente por se questionar sobre a garantia de segurança dos sistemas de informação são seguros, a confidencialidade e integridade dos dados dos procedimentos e, que ao mesmo tempo, e dúvidas sobre o acesso à informação, em tempo útil, a quem tivesse legitimidade para o fazer. Estas dúvidas iniciais foram desaparecendo e hoje a fiabilidade da contratação pública eletrónica não é posta em causa.
- 11.** Ora, as potencialidades que o legislador comunitário agora elencou relativamente às denominadas “plataformas eletrónicas”, já foram todas elas amplamente testadas e comprovadas na contratação pública portuguesa. Na realidade, a transparência, a eficiência e a simplificação da contratação pública potenciadas pelos meios eletrónicos (ou seja, pelas plataformas eletrónicas) e que o legislador comunitário quer almejar, já há muito foram constatadas em Portugal.
- 12.** Dir-se-á que Portugal tem uma posição privilegiada na transposição das novas diretivas comunitárias no que diz respeito à contratação eletrónica. É, como vimos, verdade. Os desafios que se colocam atualmente são os de, olhando para o futuro, exercitar as “lições aprendidas” no passado, isto é, melhorar o actual estado de coisas, depurando os aspetos que manifestamente têm corrido menos bem, alguns deles, dir-se-á, atentatórios do princípio da concorrência (um dos princípios que tem especial aplicabilidade na contratação pública). Ou, por outras palavras: estava na altura de se alterar o actual estado



enformador das plataformas eletrónicas e da sua utilização pelos operadores económicos.

- 13.** De facto, no modelo existente, não estavam devidamente tipificados quais os serviços prestados pelas plataformas que seriam gratuitos para os operadores económicos, nem existia um poder de aplicar sanções às empresas gestoras das plataformas sempre que não cumprissem as suas obrigações.
- 14.** E por isso, foi publicada a Lei n.º 96/2015, de 17 de Agosto, que entrou em vigor em 16 de outubro passado. Com esta nova Lei, pretende-se permitir que a entidade que superintende o funcionamento das plataformas (IMPIC, I.P.) tenha um papel interventivo, pró-ativo e sancionatório.
- 15.** O preâmbulo desta lei diz: "a presente lei fixa os princípios e as regras gerais, os requisitos e as condições a que as plataformas eletrónicas devem obedecer, sendo ainda estabelecidas as obrigações e as condições de interoperabilidade das mesmas entre si, bem como com o Portal dos Contratos Públicos e com outros sistemas de entidades adjudicantes" e tem em vista "eliminar ou, pelo menos mitigar a incidência das ineficiências detetadas a vários níveis, nomeadamente as relacionadas com a regularidade da cobrança pelas plataformas eletrónicas, dos diferentes serviços prestados aos utilizadores das mesmas".
- 16.** Esta lei virá reforçar a necessidade do incremento da robustez, fiabilidade, segurança e interoperabilidade que as plataformas deverão revestir e vem estabelecer taxativamente as regras de remuneração por parte das entidades gestoras das plataformas, preconizando-se claramente que deverão ser as entidades adjudicantes a suportar os encargos pela utilização das mesmas, sendo garantido aos operadores económicos, não só a gratuitidade do seu registo, como também o da sua utilização, num mínimo de 3 acessos, em simultâneo ao serviço base da respetiva plataforma. Importa referir que nesses serviços bases estão incluídos, por exemplo, o acesso às peças do procedimento, ao envio e receção de mensagens, à apresentação das propostas e a todas as comunicações e troca de informação no âmbito do



procedimento. Espera-se que com esta alteração legislativa, a concorrência seja potenciada porquanto nenhum operador económico terá de suportar encargos com as plataformas eletrónicas para apresentar as suas candidaturas ou propostas.

- 17.** Por outro lado, a interoperabilidade entre as plataformas existentes e entre estas e a as plataformas da Administração Pública (v.g. Portal dos Contratos Públicos (Base), DRE, Catálogo Nacional de Compras Públicas da ESPAP, etc) passa a ser uma obrigatoriedade (art.º 35º).
- 18.** Como referido, este diploma vem igualmente criar um regime de licenciamento, monitorização e fiscalização das plataformas eletrónicas, competindo ao IMPIC, I.P esse papel essencial e indispensável para o bom funcionamento de toda a contratação pública eletrónica. Nesta matéria, concretamente na credenciação das plataformas eletrónicas, o Gabinete Nacional de Segurança é igualmente um órgão vital para esse funcionamento que se quer eficaz e que contribua para a prossecução do interesse público por via contratual.
- 19.** Mas quando se fala em contratação pública eletrónica, é redutor falarmos apenas das plataformas. Efetivamente, a contratação eletrónica não pode ser dissociada do Portal Base (portal dos contratos públicos), que funciona não só como um repositório de toda a informação referente aos contratos públicos, como também um poderoso instrumento em prol da transparência e da “accountability”, uma vez que, através dele, se poderá “visualizar” a atividade contratual das entidades adjudicantes, e dos operadores económicos que com elas contratam, pelo menos dos contratos que se encontram na área pública (obrigatoriamente os contratos na sequência de ajustes diretos no regime geral, as modificações objetivas que impliquem um incremento do preço superior a 15% do preço contratual).
- 20.** Permite também ter uma visão global da contratação pública, e, ainda, fazer os reportes estatísticos da mesma, segmentando por regiões, por procedimentos, por tipos de contratos, etc. Mas o Portal Base serve também como veículo extremamente eficaz para a divulgação da denominada “soft law”, pois neste



portal, quer as entidades adjudicantes, quer os operadores económicos, sabem que poderão encontrar as informações atualizadas sobre a matéria dos contratos públicos e, verdade seja dita, serve também para que entidades com menos recursos possam facilmente ver como outras entidades estão a contratar, até porque os próprios contratos são publicitados em PDF neste portal.

- 21.** Em conclusão, espera-se com expectativa que a evolução da contratação eletrónica que decorrerá deste novo enquadramento legal, faça com que Portugal fortaleça, nesta matéria, a sua posição de vanguarda a nível mundial.

Boletim Informativo n.º 6/2015