

## **Comentários ao projeto de diploma sobre o regime jurídico que regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública**

### **I. CONSIDERAÇÕES DE ORDEM GENÉRICA**

A publicação de um regime jurídico que regulamente, de forma eficaz, a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública, é uma reivindicação que a AECOPS e a AICCOPN têm vindo a efetuar de forma enérgica e reiterada desde há muito, atendendo às consequências gravíssimas que a atuação das plataformas eletrónicas, num quadro de desregulamentação da respetiva atividade, tem vindo a acarretar para as empresas suas associadas em particular e para o setor da construção em geral.

Com efeito:

- Se o recurso à desmaterialização dos procedimentos de contratação pública é potencialmente positiva.
- Se esta é uma matéria na qual o nosso País foi inovador, apostando em ferramentas tecnicamente evoluídas e ajustadas aos tempos atuais, numa sociedade em que o recurso ao papel é, por diversas razões, cada vez menos defensável.
- Seja por questões ambientais ou por motivos mais imediatos como os ganhos de produtividade e a diminuição de custos que deveria possibilitar, a contratação eletrónica é plenamente justificada, na certeza de que permitiu caminhar no sentido da simplificação e da agilização de procedimentos e da maior desburocratização dos processos.

Verificou-se, na realidade, que, dada a ausência de uma efetiva regulação que assegure a uniformidade e adequação das regras a que deveria estar sujeita a atuação das entidades gestoras das Plataformas Eletrónicas no nosso País, são inúmeros os problemas que foram sendo identificados pelas empresas Associadas das signatárias, os quais colocaram em causa a mais-valia da contratação eletrónica.

Na verdade, os benefícios que advêm da desmaterialização para os operadores económicos, são diminutos face aos custos indiretos que os mesmos são obrigados a suportar.

Está em causa o recurso a funcionalidades essenciais que, ao invés de serem gratuitas, apresentam um preço, com a agravante de que este custo é, na maioria das situações, multiplicado por oito, ou seja, pelo número de plataformas a operar no mercado.

- Se uma empresa tem de pagar pela possibilidade de importação de ficheiros para preenchimento de mapas de quantidades/preços.
- Se o envio de mensagens de correio eletrónico sobre novos elementos disponíveis para os procedimentos em curso, tem um custo.
- Se a possibilidade de tramitação dos concursos por mais de um utilizador e em vários postos de trabalho, é cobrada.

Tudo vai onerar substancialmente os gastos que estão associados à contratação eletrónica, quando, na verdade, estão em causa funcionalidades básicas, essenciais à apresentação das propostas, que, como tal, deveriam ser gratuitas.

Cabendo, como é natural, às entidades adjudicantes a escolha das plataformas eletrónicas, de entre as oito atualmente certificadas pelo CEGER para tramitar os respetivos procedimentos, as empresas, para poderem concorrer ou candidatar-se às obras que são lançadas pelas diversas entidades públicas, terão de se inscrever em cada uma das plataformas e aceitar cada uma das fórmulas que estas individualmente impõem, pelo que, em concreto, os custos variam em função das exigências que cada plataforma faz.

Enquanto estas situações não forem alteradas, a desmaterialização de procedimentos e a contratação pública eletrónica não cumpre os objetivos para que foi criada, antes pondo em causa a sã concorrência que deverá enquadrar a contratação pública, bem como os princípios da transparência e da igualdade, no âmbito dos procedimentos de contratação eletrónica.

Todas estas preocupações têm vindo a ser reiteradamente apresentadas junto do Governo, do InCI, do CEGER e das próprias entidades gestoras das plataformas, sempre se insistindo pela maior urgência na publicação das medidas legais que regulem o funcionamento da contratação pública eletrónica.

É pois neste contexto que se considera muito positiva a presente iniciativa legislativa, uma vez que dela decorre um quadro legal apto a regular a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública.

Salientam-se, como aspetos considerados positivos e que há muito vinham a ser defendidos pelas signatárias, os princípios consagrados nos artigos 5º (Liberdade de escolha das plataformas

eletrónicas) e 6º (Liberdade de escolha das plataformas eletrónicas e dos prestadores de serviços de certificação eletrónica), de acordo com os quais são os operadores económicos que escolhem livremente a plataforma eletrónica e os prestadores de serviços de certificação eletrónica que pretendem utilizar para efeitos de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, medidas de grande importância na regularização da concorrência. Não obstante a destaque desta matéria afigura-se-nos que a mesma tem a sua relevância prática muito condicionada e até reduzida, dado o período de tempo que se prevê para a sua concretização. Recorde-se, de acordo com a alínea b) do n.º 1 do artigo 93º, sempre estarão em causa doze meses, contados desde a publicação da Portaria que deverá fixar as condições de interligação, interoperabilidade e financiamento, com a agravante de não ser estabelecido qualquer prazo para que tal venha a acontecer. Com efeito, corre-se o risco de ver por concretizar uma medida cuja justeza e razão de ser é incontestável e que é apresentada como um dos princípios basilares do novo diploma.

Também se considera de particular interesse e relevância o disposto nos artigos 13º a 19º, relativos ao licenciamento das plataformas eletrónicas, dado passarem a estar reguladas as condições e os requisitos deste licenciamento, designadamente em termos de idoneidade comercial, capital próprio, seguro de responsabilidade civil e as situações em que se cancela a licença para o exercício da atividade.

De igual forma se nos apresenta como positiva a definição, no artigo 22º, dos deveres das plataformas eletrónicas perante os clientes, bem como da regulamentação dos requisitos de segurança nos artigos 39º a 53º. Em todo o caso e a este respeito, questionamos se a designação “cliente” será a mais adequada dado não existir qualquer definição legal para esta figura. Na verdade, se considerarmos o entendimento que tradicionalmente é tido da palavra “cliente” – o mesmo pressupõe sempre a existência de um pagamento, em contrapartida pelo fornecimento de um serviço ou de um objeto – esta norma poderá dar azo, no absurdo, a situações em que apenas são considerados como “clientes” as entidades adjudicantes e os utilizadores que, por contratarem a prestação de serviços “avançados”, efetivamente pagam um preço.

Como aspeto de particular relevo importa realçar que a AECOPS e a AICCOPN sempre defenderam o princípio de que devem ser as entidades adjudicantes a pagar às plataformas pelo serviço de disponibilização das mesmas e apoio à respetiva utilização, posição esta que foi aliás a [globalmente](#) adotada pelo InCI na sua Circular Informativa nº 05/InCI/2013, de 5 de novembro,. Alias, de referir que nesta mesma Circular é salientada a ausência de suporte legal para cobrança de selos temporais, uma vez que estes constituem uma funcionalidade essencial ao procedimento,

desde logo porque a legislação em vigor determina que os documentos carregados nas plataformas eletrónicas são sujeitos à aposição de selos temporais.

Igualmente de salientar a pretendida interligação que deverá ser garantida pelas plataformas eletrónicas com o Protocolo para a Normalização da Informação técnica na Construção (PRONIC), a qual deverá permitir a construção de um elenco realista de preços unitários de referência, que possam mitigar a falta de rigor que tem caracterizado a definição dos preços base por parte da generalidade das entidades adjudicantes.

A este respeito e não obstante o princípio consagrado no Artigo 23º (Remuneração pelos serviços prestados), é nossa opinião que a matéria relacionada com os selos temporais, concretamente com a questão de saber quem suporta os respetivos custos, não está devidamente regulada no presente projeto de diploma, impondo-se a introdução de uma disposição que inequivocamente estabeleça que os custos com os selos temporais são da responsabilidade das entidades adjudicantes. Esta é uma clarificação que, em nosso entender, se nos afigura essencial, tendo em conta a experiência recolhida ao longo destes cinco anos de obrigatoriedade no recurso à utilização da contratação pública eletrónica, pois já agora é manifesto que a *“entidade gestora da plataforma electrónica não pode cobrar aos interessados, candidatos e concorrentes, qualquer quantia pelo acesso ao sistema de contratação electrónico disponibilizado na plataforma electrónica e para a utilização das funcionalidades estritamente necessárias à realização de um procedimento de formação de um contrato público total e completo”* (cf. nº 4 do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de julho).

Importa ainda atentar no facto de que não se verte para este diploma a matéria dos selos temporais interoperáveis, mantendo-se em vigor o Despacho 10563/2014, do Centro de Gestão da Rede Informática do Governo, do passado dia 14 de agosto, sendo que, a bem da coerência de todo o sistema, esta matéria deveria estar prevista no presente diploma. Neste sentido, recorde-se que este Despacho, visava a resolução de um problema insistentemente denunciado pelo Setor, o qual não obstante ter sido reconhecido e aparentemente solucionado pelo CEGER, acabou por permitir, lamentavelmente, o surgimento de outras práticas deturpadoras dos princípios legais, tendo as entidades gestoras das plataformas, “encontrado”, quase de imediato, novos mecanismos de cobrar dinheiro às empresas concorrentes aos procedimentos contratuais públicos, bem como de se desresponsabilizar pela ocorrência de falhas técnicas que só àquelas compete acautelar, através de processos “criativos” que, com estes objetivos, a não existir uma norma expressa, parecem não ter limites.

Consoante resulta das considerações específicas há igualmente aspetos importantes que a nosso ver devem ser explicitados e regulados, de entre os quais se salienta o referente ao conceito de acesso ao elenco dos serviços base e à aposição de assinaturas digitais.

## **II. CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS**

### **Artigo 23º - Remuneração pelos serviços prestados**

nº 2 – A presente disposição prevê que as plataformas devem proporcionar a qualquer operador económico, a título gratuito, até 5 acessos aos serviços base da plataforma (por sua vez definidos no artigo 24º).

Sucedendo que não se define o que é um acesso, o que inclui, qual o período temporal que compreende, nem a sua periodicidade. É pois imperativo definir-se no artigo 2º (Definições) o que se entende por “acesso”, sob pena de a presente questão vir a suscitar dúvidas de aplicação e eventuais distorções por parte das empresas gestoras de plataformas.

Consoante nos foi possível apurar, há quem entenda que a noção de “acesso” poderá corresponder aos utilizadores registados que têm autorização para aceder à plataforma, sendo certo, porém, que igualmente nos foi afirmado que uma tal designação poderá corresponder ao número de entradas na plataforma, situação que apenas por absurdo admitimos e que acreditamos não ser a intenção do legislador. Sobre o presente aspeto também nos foi referido que a expressão “acesso” pode vir a ser entendida como, por exemplo, uma consulta às peças dos procedimentos que tenham sido publicadas, o que a confirmar-se não permitiria a formação de um único processo de apresentação de propostas de forma gratuita.

Por razões de segurança e certeza jurídica, é nossa opinião que é absolutamente imperativo que o conceito de “acesso” seja definido, sem possibilidade de mal entendidos ou significados dúbios, como correspondendo aos utilizadores registados pelas empresas (5 deles utilizadores a título gratuito).

Por outro lado, entendemos que sempre será de salvaguardar expressamente a possibilidade de os cinco utilizadores registados acederem à plataforma em simultâneo, caso contrário poderemos ser confrontados com situações em que, não obstante sejam assegurado o referido número de acessos mínimo a título gratuito, o acesso simultâneo ser considerado como uma funcionalidade avançada e, como tal, paga.

nº 3 - As plataformas apenas podem cobrar aos operadores económicos pelos serviços de disponibilização de mais do que 5 acessos aos serviços base ou pela prestação de serviços avançados, o que reforça a necessidade de definição de acesso.

#### **Artigo 24º - Serviços base prestados aos operadores económicos**

#### **Artigo 25º - Serviços avançados prestados aos operadores económicos**

Antes de mais importa referir que a definição constante do corpo do artigo 24º e, por consequência, o estabelecido no artigo 25º, é extremamente vago, permitindo interpretações diversas. Por outro lado, o elenco é muito redutor e não cobre todos os atos necessários a um procedimento total e completo, situação que é agravada pelo facto de os serviços avançados prestados aos operadores económicos serem objeto de definição por “exclusão de partes”, uma vez que todos os serviços que, supostamente, não estiverem identificados nesta disposição poderão ser pagos pelas empresas, de acordo com o definido no artigo 25º.

Por exemplo, não está referida como serviço base a importação de mapas de quantidades com requisitos distintos e características ou formatos diversos e exportar ficheiros para formatos XML e folhas de cálculo, o que é muito usado pelas empresas.

De um modo geral afigura-se-nos que os requisitos base gratuitos deverão coincidir com os atos enumerados no artigo 30º (Requisitos funcionais), impondo-se pois proceder a uma enumeração mais alargada e minuciosa dos serviços base enumerados no artigo 24º em análise.

Por fim, de referir que deve ser expressamente vedada a possibilidade de ser exigido o pagamento de um preço pela concessão do acesso aos serviços base da plataforma eletrónica, num prazo inferior aos três dias úteis referidos no número dois do artigo 24º. Aliás, este acesso deverá ser imediato, mediante o registo e o envio de uma credencial de acesso ao utilizador.

#### **Artigo 28º - Disponibilização e livre acesso**

Questiona-se se o prazo de três dias úteis referido no número 3 do presente artigo acresce ao prazo constante do número 2 do artigo 24º. A ser assim, caso esteja em causa um operador económico que proceda ao processo de registo e credenciação, a manterem-se os dois prazos – o que nos parece excessivo e injustificável – estaríamos a falar de um período de seis dias úteis para que o mesmo tenha acesso aos serviços base da plataforma. Assim se justifica o comentário tecido a respeito do número 2 do citado artigo 24º, no sentido da celeridade e simplicidade procedimental,

princípios aliás, constantes do n.º 7 do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de julho, cuja concretização, como se sabe, por manifesta ausência de regulação se prestou aos mais diversos abusos.

De referir, a título de exemplo que, neste momento são inúmeras as situações em que não obstante o registo numa plataforma seja necessariamente gratuito, o mesmo não fica imediatamente ativo, pelo que, se a empresa manifestar urgência, porque necessita de responder a convite que lhe foi dirigido por um dono de obra, tem de pagar para que tal aconteça. Ora, esta é mais uma situação de manifesto abuso que deverá ficar objetivamente salvaguardada.

### **Artigo 32º - Impedimentos de acesso à plataforma eletrónica**

O artigo em apreço reproduz, na prática, o regime estabelecido pelo artigo 18º do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de julho, o qual tem dado azo a interpretações e consequências díspares. Com efeito, numa interpretação literal, que consideramos demasiado redutora e que em nada corresponde à salvaguarda do interesse público que deverá, em última instância ser protegido, continuaria a verificar-se que no caso dos números 2 e 3 apenas os concorrentes e candidatos poderiam, por sua iniciativa, requerer a prorrogação do prazo, ou seja, quando as falhas ou avarias têm lugar em momento posterior à apresentação das propostas ou das candidaturas, situação que a ser deferida iria beneficiar todos os interessados. Por outro lado, a prorrogação oficiosa estaria reservada para as situações de problemas técnicos na plataforma, sendo que, neste caso, a prorrogação apenas beneficiaria os concorrentes e candidatos, facto que nos parece, no mínimo incongruente. Neste sentido, afigura-se-nos mais razoável que em qualquer um dos dois referidos casos, a prorrogação do prazo possa ser motivada, seja por iniciativa dos interessados, seja por decisão da entidade adjudicante.

### **Artigo 36º - Interligação entre plataformas eletrónicas**

Remetemos para os comentários tecidos a este respeito nas considerações de ordem genérica. No entanto, reitera-se que este é um aspeto de cuja implementação depende a efetiva concretização dos princípios e das razões que estiveram subjacentes à contratação eletrónica e à desmaterialização dos procedimentos contratuais públicos, que, por este motivo deverá estar concluído com a maior urgência.

### **Artigo 55º - Validação cronológica**

Retomando as considerações genéricas acima efetuadas, defende-se a introdução de uma disposição que estabeleça inequivocamente que os custos com os selos temporais são da responsabilidade das entidades adjudicantes, sendo o artigo 55º a previsão adequada para o efeito, sob pena de a presente problemática continuar a suscitar custos elevadíssimos para os operadores económicos, o que se considera ilegítimo.

Acresce que não se define o número de selos temporais necessários a cada aposição, nem se define a regra que a cada aposição corresponde um único selo, permitindo-se assim a fixação de regras díspares quanto a esta matéria em cada plataforma eletrónica, com evidentes prejuízos na facilidade de utilização das mesmas. Em nosso entender o artigo em análise deveria ser reescrito, prevendo claramente a regra de que em cada ato mencionado no nº 2 do artigo 55º só tem que ser apostado um único selo temporal.

Mais uma vez e que com base nas situações concretas que nos são reportadas pelos operadores económicos, recorremos a alguns exemplos para evidenciar as nossas preocupações e a necessidade de uma definição exaustiva desta matéria. De referir estarem em causa situações que surgiram já depois de publicado o já citado Despacho nº 10563/2014, de 14 de agosto, do CEGER, o que demonstra a “capacidade”, tal como já afirmado, que determinados operadores têm para “encontrar” novas formas de cobrar dinheiro às empresas concorrentes/candidatas aos procedimentos contratuais públicos, bem como de se desresponsabilizar pela ocorrência de falhas técnicas que só àquelas compete acautelar.

Com efeito, impõe aos operadores económicos a ativação de um plano de “ligações/aposições” com elevados custos, que funciona como pré-requisito para a utilização de certificados de validação cronológica emitidos pelas entidades constantes da “Trustedlist” e, como se não bastasse, a respetiva ativação não é imediata após o pagamento pelas empresas, mas demora, no mínimo, 9 dias úteis, tendo-lhes sido exigida, ainda, uma taxa adicional de urgência se pretenderem a ativação do “serviço” antes do período indicado.

Como se compreende é mais um exemplo de uma atuação ilícita da plataforma obriga as empresas a aderir e a liquidar as quantias que lhes são solicitadas, uma vez que sem selos temporais estão objetivamente impedidas de concorrer/candidatar-se aos procedimentos contratuais que são lançados.

Acresce que a referida plataforma obrigou também os utilizadores à assinatura de uma declaração de responsabilidade sobre o serviço de aposição de certificados de validação cronológica, na qual



estes assumem a responsabilidade perante qualquer falha de ligação, ou outra, que ocorra aquando da utilização dos referidos certificados, documento esse que é imprescindível à ativação do “serviço”.

Ora, está em causa uma transferência inaceitável de riscos de operacionalidade que devem ser assumidos pela própria plataforma, a qual, de acordo com o quadro legal, deve garantir todos os requisitos técnicos necessários ao perfeito funcionamento da mesma, enquanto “interface” eletrónico.

### **Artigo 57º - Autenticação de utilizadores nas plataformas eletrónicas**

Há que garantir que a opção pelo certificado próprio, pelo certificado disponibilizado pela plataforma eletrónica, pelo cartão do cidadão ou pela chave móvel digital, referida na alínea f) do n.º 1 do artigo 35º cabe ao utilizador e não depende de uma determinação da plataforma.

### **Artigo 54º - Assinaturas eletrónicas, nº 4 do artigo 68º - Carregamento das propostas e nº 1 do artigo 69º - Encriptação e classificação de documentos**

Da análise conjugada das presentes disposições resulta que não está tratada, com o detalhe necessário, a matéria das assinaturas digitais, a qual, ao longo destes cinco anos de vigência, tem levantado muitas dúvidas e suscitado situações de contenciosidade, entre concorrentes e candidatos.

Com efeito, tais dúvidas não são aclaradas, nem resolvidas com o presente projeto de diploma, que se limita a reproduzir, sem qualquer alteração, as disposições anteriormente constantes dos artigos 18º nº 4 e 27º nº 1 da Portaria nº 701-G/2008.

Recorde-se que as questões em apreço originaram, inclusivamente, a publicação de Acórdãos sobre esta problemática, o que evidencia a gravidade e a quantidade de situações levadas aos tribunais superiores. Refira-se, a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo nº JSTA00068082, emanado a propósito da questão de saber se a assinatura das pastas zipadas dispensa a assinatura dos documentos que a compõem.

Também tem sido muito discutida a questão de saber quantas vezes é que o mesmo documento é assinado digitalmente, uma vez que se assiste frequentemente à assinatura do documento PDF, à assinatura aquando do carregamento desse documento e à assinatura aquando da sua submissão, o que consubstancia uma repetição da mesma formalidade.

Entende-se, pois, que a presente matéria deverá ser, impreterivelmente, objeto de um tratamento mais pormenorizado no presente projeto de diploma, permitindo aclarar e resolver todas as dúvidas existentes.

### **Artigo 60º - Condução dos procedimentos nas plataformas eletrónicas**

Também neste artigo é fundamental esclarecer que em cada notificação ou comunicação deve ser apostado apenas um selo temporal.

### **Artigo 66º - Componentes de cada proposta**

Na alínea c) do nº 1 existe um lapso. Na verdade a referência à alínea r) do artigo 30º deve ser feita à alínea s) do mesmo artigo, relativa à “recolha de informação relativa aos procedimentos de aquisição no âmbito do Sistema Nacional de Compras Públicas para monitorização dos preços apresentados pelos operadores económicos, nos termos a definir pela eSPap”.

### **Artigo 70º - Submissão das propostas**

Constata-se ter sido eliminado o nº 2 do artigo 19º da Portaria 701-G/2008, que definia o momento da submissão da proposta como aquele em que se inicia a efetiva assinatura eletrónica da proposta. Receia-se que esta omissão venha a dificultar a apreciação das situações em que há um lapso temporal entre o início da submissão das propostas e a conclusão desse processo, circunstância que quando existe redundante num resultado desfavorável para o concorrente.

### **Artigo 78º - Competências de inspeção e fiscalização do IMPIC**

A expressão “todas as entidades e seus agentes”, constante do nº 2, deveria ser complementada pela expressão “todos os interessados”, por forma a garantir-se uma fiscalização mais eficaz do cumprimento do presente regime jurídico por todos aqueles que efetivamente com ele lidam, designadamente os agentes económicos e as associações representativas dos seus interesses.

12 de Janeiro de 2015