

Parecer N.º	DAJ 78/19
Data	23 de abril de 2019
Autor	Elisabete Frutuoso

Temáticas abordadas	Contratos públicos Adjudicação por lotes Marcas
----------------------------	---

Foi solicitado pela Câmara Municipal, através do ofício n.º, um parecer jurídico sobre as questões que a seguir se transcrevem:

“1 - No que respeita ao preceituado no art.º 46.º-A do CCP (...) e considerando a redação dada pela alterações com entrada em vigor a 01.01.2018, e com particular acuidade no que respeita a empreitadas de obras públicas, vimos pelo presente solicitar que nos indiquem se existe alguma instrução ou orientação no que respeita à constituição de lotes, seja na fase de formação do contrato, seja no decurso da sua execução.

2 – No que respeita ao preceituado no art.º 49.º do CCP, em particular á sua alínea b) do n.º 7 (...) solicitamos a clarificação se é suficiente a menção “ou equivalente” conforme consta da legislação, ou se deverá ser utilizada outra menção, tal como “do tipo ou equivalente”.”.

Temos a informar:

1. Sobre a questão relativa à adjudicação por lotes, prevista e regulada no art.º 46.º-A do Código dos Contratos Públicos (adiante designado por CCP), não existe da nossa parte nenhuma orientação sobre a sua aplicabilidade.

Informamos, no entanto, que a entidade competente para dar orientações sobre contratos públicos, designadamente, sobre a formação de contratos públicos, é o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P., uma vez que é, nos termos do art.º 454.º-A do CCP, o organismo responsável pela regulação destes contratos.

Não obstante, sempre diremos que a adjudicação por lotes, com o aditamento do art.º 46.º-A ao CCP, passou a ser a regra geral de adjudicação, a partir da qual, com base nos valores dos contratos fixados (135.000 € para as aquisições e 500.000 para as empreitadas), há um dever de adjudicação por lotes.

O que significa que, sendo este tipo de contratação a regra, a decisão de adjudicação, sem divisão por lotes, é a exceção e, como tal, deve ser, nos termos do n.º 2 do referido artigo, fundamentada.

2. No que toca à referência a marcas nas peças dos procedimentos de formação dos contratos, determina no n.º 8 do art.º 49.º do CCP, que *“A menos que o objeto do contrato o justifique, as especificações técnicas não podem fazer referência a determinado fabrico ou proveniência, a um procedimento específico que caracterize os produtos ou serviços prestados por determinado fornecedor, ou a marcas comerciais, patentes, tipos, origens ou modos de produção determinados que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas ou produtos.”*.

E acrescenta o n.º 9 do mesmo normativo que *“As referências mencionadas no número anterior só são autorizadas, a título excepcional, no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto do contrato nos termos do n.º 7, devendo, no entanto, ser acompanhada da menção «ou equivalente».”*.

Estes normativos estabelecem restrições à inserção no caderno de encargos de especificações técnicas que, pela sua descrição ou designação, podem constituir um obstáculo à livre concorrência entre os potenciais concorrentes.

Efetivamente, a menção a artigos de determinada natureza e origem, designadamente através da inclusão de marcas comerciais ou industriais no caderno de encargos ou outra peça procedimental, pode resultar na discriminação do livre acesso aos procedimentos adjudicatórios, ferindo o princípio da concorrência, da transparência e da igualdade.

Neste sentido refere a doutrina¹ que *“Através da introdução de requisitos de ordem técnica, é possível á entidade adjudicante dificultar ou mesmo afastar, por via*

¹ Jorge Andrade da Silva, *Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*, Almedina, 2008, pág. 193

indireta, a possibilidade de participação no concurso e conseqüente eventual adjudicação do contrato a determinados interessados que se sabe não poderem obedecer a tais requisitos”.

A exceção a esta restrição verifica-se assim, de acordo com o citado n.º 9, apenas e só nas situações em que não seja possível descrever as prestações do objeto do contrato a celebrar de forma clara e precisa e a designação da marca seja necessariamente acompanhada da menção “*ou equivalente*”.

Cumpre, porém, salientar que a possibilidade de referir marcas comerciais, acompanhadas da menção “*ou equivalente*”, deve ser entendida como absolutamente excepcional e casuística e não como um instrumento que possa ser utilizado de forma indiscriminada e aleatória, passando-se da exceção à regra.

De notar que até nos procedimentos de ajuste direto, em que a lei permite convidar apenas uma entidade, a inclusão de marcas comerciais no caderno de encargos, sem a menção “*ou equivalente*”, é uma circunstância que lesa a concorrência e a igualdade de tratamento, já que pode conduzir ao favorecimento de determinadas marcas comerciais em detrimento de outras que apresentam as mesmas características e especificações técnicas.

Sobre a questão de saber se a referida menção é suficiente, entendemos que, não exigindo a lei outro tipo de designação, bastará para cumprir o disposto na referida norma a menção “*ou equivalente*”, sem prejuízo, no entanto, de outras menções, como a “*do tipo ou equivalente*” poderem de igual forma salvaguardar a concorrência, a transparência e igualdade nos procedimentos pré-contratuais.

Da mesma forma, pois, se deve interpretar o disposto na al. b) do n.º 7 do mesmo artigo, quando estipula que a referência a especificações técnicas deve também ser acompanhada da menção “*ou equivalente*”.

Procurou assim o legislador limitar, enquanto regra geral, práticas restritivas da concorrência que, direta ou indiretamente, afastem a possibilidade de uma participação

equitativa dos concorrentes nos procedimentos pré-contratuais ao resultarem num fator discriminatório ou num benefício dos concorrentes.