

 <p>REPÚBLICA PORTUGUESA JUSTIÇA</p>	ORIENTAÇÃO TÉCNICA N.º 1	DATA 03/09/2020
Ministério da Justiça Direção-Geral de Reinsersção e Serviços Prisionais	Direção de Serviços de Contratação Pública e Gestão Patrimonial Divisão de Contratação Pública	
TÍTULO	Consulta Preliminar	

Resumo

[Consulta informal/discricionariedade da entidade adjudicante/operadores económicos/princípio da concorrência/preço base (unitário/global)]

Legislação aplicável

[Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 123/2018, de 28 de dezembro (<https://dre.pt/application/conteudo/108086621>), tendo como referência os artigos: n.º (s) 2, 3 e 4 do artigo 35.º-A, n.º 3 do artigo 47.º, todos do CCP e Decreto-Lei n.º 72/2018, de 12 de setembro (<https://dre.pt/application/file/a/116361809>).

1

1. Introdução

Em termos genéricos podemos dizer que a consulta preliminar, enquanto instrumento jurídico do novo CCP, tem como principal função o conhecimento contínuo do mercado, tendo em vista um planeamento eficaz do procedimento aquisitivo que se pretende desenvolver, aumentando as probabilidades de se adquirir a um preço mais competitivo, mas, acima de tudo, alcançar os resultados qualitativos pretendidos, em comunhão com a necessidade oportunamente identificada.

Com efeito, nos termos do artigo 35.º-A do CCP, esta “Consulta Preliminar ao mercado”, também designada por consulta informal ao mercado, deve ser efetuada antes de se iniciar o procedimento propriamente dito (ou seja, antes da decisão de contratar), sendo uma faculdade concedida pela lei a qualquer entidade adjudicante, que, assim, decide da necessidade de realizar ou não esta consulta.

Não se tratando de um procedimento para a formação de contrato (é algo que o antecede), nem sequer de um instrumento procedimental especial, a consulta preliminar configura tão somente

uma simples “auscultação” ao mercado, da qual não resulta qualquer vínculo obrigacional entre a entidade adjudicante e a entidade a quem esta se dirige, para efeitos de uma eventual adjudicação posterior relacionada com o objeto da questão colocada.

Acresce que, dentro da discricionariedade da entidade adjudicante, podem ser consultados vários operadores económicos (recomenda-se a consulta a um mínimo de três), de modo a determinar, por exemplo, o preço base do procedimento a realizar, de acordo com os critérios objetivos previstos no n.º 3 do artigo 47.º do CCP.

Trata-se, portanto, e antes de tudo o mais, de uma ferramenta essencial de auxílio à determinação do preço base, na decorrência de preços atualizados obtidos junto do mercado.

No entanto, estas consultas podem abranger ainda matérias tão distintas como: i) estimativas de preços; ii) aspetos técnicos de um produto ou serviço; iii) questões sobre prazos de execução; iv) dados sobre procura/oferta.

Para além disso, dado que a consulta preliminar ao mercado é efetuada numa fase pré-procedimental, voluntária e não vinculativa, a realização da mesma não tem de ser necessariamente efetuada pelo órgão competente para a decisão de contratar, podendo ser as respetivas unidades orgânicas requisitantes ou adquirentes a promover a mesma, é indiferente.

De todo o modo, diga-se a este respeito que, para uma utilização mais “clean” e regular desta figura, as entidades adjudicantes devem procurar colocar questões de forma mais objetiva possível e com um âmbito restrito e muito concreto, por forma a possibilitar a celeridade e clareza na resposta, bem como o não comprometimento da possibilidade de apresentação de proposta na fase subsequente do procedimento de formação do contrato por parte de quem responde, em virtude dos princípios da não discriminação e da transparência a observar.

2. Comunicação aos restantes concorrentes do recurso à figura “Consulta Preliminar ao mercado”

Efetivamente, nos termos do n.º 2 do artigo 35.º-A do CCP, a consulta preliminar ao mercado não pode ter por efeito distorcer a concorrência, nem resultar em qualquer violação dos princípios da não discriminação, da transparência, bem como dos demais elencados no artigo 1.º-A do CCP.

Nessa medida, é necessário tomar medidas preventivas a ter aquando da realização da consulta preliminar ao mercado, tais como, as que estão mencionadas nos n.ºs 3 e 4 do artigo 35.º-A do CCP, nomeadamente com a inclusão de uma cláusula no próprio caderno de encargos do procedimento.

Por exemplo, uma cláusula com o seguinte teor:

“Cláusula X - Consulta preliminar ao mercado

- 1. Nos termos do artigo 35.º-A do Código dos Contratos Públicos, foi realizada uma consulta preliminar ao mercado, de modo a obter informações relevantes para estabelecer, entre outras, o preço base.*
- 2. As informações obtidas foram vertidas nas especificações técnicas constantes deste Caderno de Encargos e foi com base naquelas que se obteve o preço base da cláusula X (Preço base), em conformidade com o disposto no n.º 3 do artigo 47.º do CCP.*
- 3. Toda a informação relevante resultante da consulta preliminar, caso seja solicitada, será disponibilizada aos futuros concorrentes do procedimento, o que necessariamente só ocorrerá após terminado o prazo de apresentação de propostas, salvo se os documentos que constituem a proposta forem classificados como confidenciais por parte do interessado.”*

3

Pretendemos, assim, apresentar um mecanismo de garantia da concorrência e transparência, através da publicação nas peças do procedimento (através do caderno de encargos) de *“todas as informações pertinentes trocadas”*, entre entidade adjudicante e operador económico, no âmbito de uma consulta preliminar.

Não obstante, a referência do legislador à comunicação de *“todas as informações”* suscitará, parece-nos, alguns dilemas quanto ao grau de densidade de divulgação da informação trocada entre as partes, surgindo, de imediato, diversas questões relativas à ponderação dos princípios da concorrência, transparência, e não divulgação antecipada de todas e quaisquer condições comerciais de um consultor preliminar, circunstância que caberá à entidade adjudicante avaliar casuisticamente.

3. Impedimentos

O que acabou de ser dito não prejudica, todavia, o disposto no artigo 55.º n.º 1, alínea i), que diz que não podem ser concorrentes as entidades que tenham, a qualquer título, prestado, direta ou

indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência.

Ainda no âmbito desta matéria, importa referir que foi criado o Portal Nacional de Fornecedores do Estado, na sequência da publicação do Decreto-Lei n.º 72/2018, de 12 de setembro, que entrou em vigor no dia 01 de janeiro de 2019, que disponibilizará informação prestada voluntariamente pelos operadores económicos.

No entanto, a plataforma ainda não se encontra concluída para consulta de “eventuais” impedimentos por parte dos fornecedores, nomeadamente no que concerne à sua situação contributiva para efeitos de pagamentos em fase de execução contratual.

4. Conclusão

Em conclusão, a consulta preliminar pode revestir-se de grande utilidade para as entidades adjudicantes na melhor definição de todos os aspetos inerentes ao planeamento da contratação e aos contornos específicos da mesma, devendo, contudo, a sua utilização ser efetuada de modo simples e prudente.

4

A divisão de contratação pública está disponível para qualquer esclarecimento adicional sobre este tema através do seguinte endereço de correio eletrónico: dcp@dgrsp.mj.pt.