

**Parecer nº 90/98**

Data: 1998.08.29

Processo nº 415

**Requerente:** Junta Autónoma dos Portos do Centro

1. O Presidente da Comissão Instaladora da Junta Autónoma dos Portos do Centro, invocando dúvidas na interpretação da Lei nº 65/93, de 26 de Agosto, designadamente dos seus artigos 7º e 8º, requereu, através do ofício nº 981, de 29 de Junho de 1998, o parecer da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos acerca das seguintes questões:

«Num concurso público para a realização de empreitadas ou aquisição de bens e serviços, os concorrentes poderão solicitar o acesso a dados através de certidão ou reprodução de todos os documentos constituintes das propostas entregues pelos outros concorrentes ?

«Mesmo sabendo que estes documentos prestam informações sobre a capacidade financeira e técnica de cada empresa ?»

2. Nos termos do artigo 20º, nº 1, alínea e) da Lei nº 65/93 (LADA), a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) é competente para se pronunciar sobre a consulta formulada.
3. Enquanto forma de escolha dos particulares co-contratantes, o concurso público constitui o mais exigente dos procedimentos administrativos que precedem a celebração dos contratos administrativos e de alguns contratos de direito privado da Administração Pública. Esta espécie de concurso visa seleccionar a melhor oferta possível para celebrar um contrato, ou seja, aquela que representa a média dos preços e condições praticados no mercado em geral, apresentando-se, num primeiro momento, como um pedido de ofertas dirigido a quaisquer entidades que satisfaçam os requisitos gerais estabelecidos por lei (neste sentido, cfr. Agustín A.

GORDILLO, «A informalidade e a concorrência no procedimento licitatório», in *Génesis. Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, nº 2, Agosto de 1994, pp. 343 e 347). O concurso público culminará depois ora numa decisão de adjudicação, quando for encontrada a proposta que melhor corresponda às condições fixadas na lei e no anúncio do concurso, ora numa decisão de não adjudicação, quando, designadamente, nenhuma das propostas apresentadas satisfizer aquelas condições.

Em rigor, o concurso público é um sub-procedimento incrustado no procedimento administrativo pré-contratual, uma vez que se inicia depois da decisão administrativa de contratar, com a publicação do anúncio do concurso, e termina antes da celebração do contrato, em regra com a decisão de adjudicação (vd., por todos, Margarida Olazabal CABRAL, *O concurso público nos contratos administrativos*, Coimbra, 1997, p. 137 e ss.). E no entanto pode afirmar-se, sem exagero, que o relevo procedimental das fases anteriores à celebração do contrato quase se resume aos trâmites do concurso. Com a decisão de adjudicação ficam definitivamente determinados o conteúdo e as partes do contrato a celebrar, faltando apenas o momento constitutivo do negócio jurídico, isto é, a convergência de duas declarações de vontade no sentido da contratação. Daí a necessidade de considerar o concurso público como um procedimento administrativo dotado de relativa autonomia funcional, procedimento esse que se encerra, designadamente, com o acto administrativo de adjudicação.

4. Confrontadas com o artigo 7º, nº 5 da LADA, as considerações anteriores permitem-nos extrair uma primeira conclusão. A saber: antes da decisão de adjudicação ou de não adjudicação, da decisão de arquivamento do processo por qualquer outro motivo ou da passagem de um ano sobre a elaboração dos documentos constantes do processo em causa, o regime de acesso aos documentos constituintes das propostas apresentadas pelos concorrentes é o que consta do Código do Procedimento Administrativo (artigos 181º e 61º a 64º) e da legislação específica sobre empreitadas de obras públicas (Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, com alterações posteriores) e realização de despesas públicas com locação, empreitadas, prestação de serviços e aquisição de bens

(Decreto-Lei nº 55/95, de 29 de Março, com alterações posteriores). Resulta destes diplomas, designadamente do artigo 90º, nº 3 do Decreto-Lei nº 405/93 e dos artigos 58º, nº 2 e 60º, nº 4 do Decreto-Lei nº 55/95, o direito que detém qualquer concorrente de se dirigir à comissão encarregada de proceder à abertura solene das propostas e solicitar, normalmente para efeitos de reclamação imediata, a consulta das propostas dos outros concorrentes e da respectiva documentação. No entanto, se a consulta no local - primeiro após a leitura da lista dos concorrentes admitidos e excluídos e depois após a leitura da lista de propostas admitidas e não admitidas - constitui um direito dos concorrentes presentes, o mesmo já não se pode dizer do acesso através de certidão ou reprodução, que se encontra liminarmente afastado. Fora destes momentos específicos, que assinalam as várias fases do acto público do concurso, e até ao final do procedimento de concurso público o acesso à proposta e documentos respectivos de qualquer concorrente encontra-se vedado aos restantes concorrentes. No entanto, mesmo nestas fases pré-contratuais o acesso, quando possível, não é ilimitado. Segundo o artigo 21º do Decreto-Lei nº 55/95, a entidade pública contratante deve salvaguardar o carácter confidencial de todas as informações recebidas e prestadas pelos proponentes, candidatos ou participantes em procedimentos de aquisição de serviços ou bens, *nos termos do disposto na lei sobre acesso a documentos da Administração*. Os limites apostos ao direito geral de acesso exercido ao abrigo da LADA serão *mutatis mutandis* os limites aplicáveis aos procedimentos de concurso público. O que nos remete para o ponto seguinte.

5. Deste modo, para responder às perguntas formuladas pela Junta Autónoma dos Portos do Centro torna-se necessário situá-las no âmbito de aplicação da LADA.

Por outras palavras, pergunta-se agora se *após* a realização concurso público para a realização de empreitadas ou a aquisição de bens e serviços, *após* o arquivamento do respectivo processo por qualquer outro motivo ou *após* o decurso de um ano sobre a apresentação das propostas (ou sobre a respectiva abertura, consoante o momento que se considere marcar o termo inicial da detenção do documento pela Administração Pública - cfr. os artigos 3º e 4º, nº 1, alínea a) da LADA, que equiparam «elaboração» e «detenção»), os concorrentes podem

aceder, através de certidão ou reprodução, a todos os documentos constituintes das propostas apresentadas pelos outros concorrentes.

6.1. A resposta a estas interrogações decorre naturalmente de uma aproximação dos casos assim configurados às disposições legais pertinentes. Assim, em primeiro lugar, as propostas e outros documentos entregues pelos concorrentes são considerados documentos administrativos enquanto se mantiverem na posse da Administração Pública (artigos 3º e 4º, nº 1, alínea a) da LADA). Nada impede que os concorrentes excluídos liminarmente, aqueles cujas propostas não tenham sido admitidas e ainda os que se vejam preteridos na decisão final de adjudicação requeiram a devolução de todos os documentos apresentados com a proposta. E o mesmo podem fazer os concorrentes que, passados 60 dias sobre a data da sessão de abertura das propostas, entendam não dever manter a sua proposta, ficando em todos estes casos a Administração obrigada a efectuar a devolução do respectivo acervo documental. Contudo, se e enquanto não forem devolvidos, todos estes documentos de origem particular estão sujeitos ao regime jurídico de acesso aos documentos administrativos.

6.2. Por outro lado, o artigo 8º da LADA não é geralmente aplicável às propostas e documentos apresentados pelos concorrentes no âmbito de um concurso público. Para tanto, seria necessário que algum ou alguns desses documentos incluíssem «informações sobre pessoa singular, indentificada ou identificável, que contenham apreciações, juízos de valor ou sejam abrangidas pela reserva da intimidade da vida privada». Nos termos dos artigos 49º e 53º do Decreto-Lei nº 55/95, aplicável aos contratos mencionados pela Junta, parece muito improvável considerar a proposta e a respectiva documentação como documentos de carácter nominativo, ainda que só parcialmente. De facto, os documentos que acompanham ou instruem a proposta podem conter estimativas, juízos de existência e juízos de prognose sobre pessoas, coisas e acções ou até juízos de valor sobre o empreendimento ou a actividade global que há-de resultar da conjugação organizada da competência das pessoas, do rendimento das coisas e da eficácia das acções - mas não incluem, porque

totalmente disfuncionais face aos objectivos perseguidos com a apresentação da proposta, quaisquer juízos de valor apreciativos ou depreciativos sobre pessoas singulares. O mesmo já não diremos quanto à reserva da intimidade da vida privada. É que, de acordo com os artigos 44º, nº 2 e 53º, nº 1, alínea g) do Decreto-Lei nº 55/95, podem ser exigidos aos concorrentes documentos comprovativos da sua idoneidade, como certificados do registo criminal ou documentos equivalentes emitidos por autoridade judicial ou administrativa competente, cujo conteúdo releva já da esfera reservada à intimidade da vida privada. A ser assim, o acesso a estes documentos por parte de um terceiro concorrente não poderá ser efectuado sem a autorização prevista no nº 4 do artigo 8º da LADA (no caso, só parece ser aplicável a alínea a): autorização escrita da pessoa a quem os dados se refiram). Nos termos do nº 5 do mesmo artigo, tais documentos podem ainda ser comunicados aos concorrentes que os requeiram quando, pela sua natureza, seja possível aos serviços expurgá-los desses dados sem terem de reconstruir os documentos e sem perigo de fácil identificação dos elementos rasurados.

6.3. Por último, coloca-se a questão do acesso por alguns concorrentes a informações sobre a capacidade financeira e técnica de cada empresa constantes das propostas e respectiva documentação entregues pelos restantes concorrentes. De facto, os termos da proposta, onde o concorrente indica as condições em que se dispõe a contratar, e alguns dos documentos que a concretizam (nota justificativa do preço, programa de trabalhos e plano de pagamentos, especificação dos aspectos considerados essenciais pelo concorrente para a manutenção da sua proposta, etc.), libertarão necessariamente, se forem reproduzidos por vontade unilateral de terceiros, a mais diversa informação sobre os aspectos acima referidos. Ora, também aqui haverá ocasião para aplicar o artigo 10º da LADA, na redacção dada pela Lei nº 8/95, de 29 de Março. Se considerar que a comunicação dos documentos coloca em crise os segredos comerciais, industriais ou da vida interna da empresa, a Administração *poderá* recusar o acesso aos documentos requeridos (artigo 10º, nº 1 da LADA). Trata-se, portanto, de um juízo que terá de ser formulado pontualmente pela Administração activa, diante das

circunstâncias de cada caso, embora a regulamentação legal dos concursos públicos sugira já o risco envolvido nessa comunicação. Por outro lado, o nº 2 do mesmo artigo veda a utilização das informações com desrespeito dos direitos de autor ou dos direitos industriais, bem como a reprodução, difusão e utilização desses documentos e respectivas informações que possam configurar práticas de concorrência desleal. Em todos estes casos a Administração poderá aplicar por analogia o nº 5 do artigo 8º da LADA: se for possível o expurgo dos elementos confidenciais sem necessidade de reconstrução dos documentos nem risco de fácil identificação dos elementos assim eliminados, a Administração poderá comunicá-los aos concorrentes que o requeiram.

7. Uma vez percorrido o regime legal consagrado na LADA, convém regressar ao ponto de partida e retirar as devidas conclusões sobre os limites do acesso aos documentos que gravitam em torno das propostas apresentadas por alguns concorrentes, quando tal acesso seja requerido pelos outros concorrentes. Como vimos, o único meio de acesso previsto para esses documentos é a consulta directa, a qual terá lugar, mediante requerimento, em determinados momentos das sessões do acto público do concurso. E isto significa, afinal, que, não havendo interesse em pedir a autorização do concorrente que entregou os documentos nem possibilidade de expurgo dos dados confidenciais - inviável neste meio de acesso - , o acesso se encontrará vedado em todos os casos de emergência de informações atinentes à reserva da intimidade da vida privada, aos segredos comerciais, direitos de autor ou direitos industriais ou ainda quando as informações possam ser utilizadas no contexto de práticas de concorrência desleal. Sem embargo, no entanto, da possibilidade de ser facultada ao interessado a consulta directa de apenas uma parte dos documentos apresentados por outros concorrentes, com exclusão daqueles que contiverem elementos julgados confidenciais.

Recapitulemos agora, de modo sumário, as principais conclusões do presente parecer:

- 1ª No âmbito de concursos públicos para a realização de empreitadas de obras públicas ou aquisição de bens e serviços, a LADA só é aplicável directamente depois de existir decisão de adjudicação ou de não adjudicação, depois do arquivamento do processo por qualquer outro motivo ou depois de ter decorrido um ano sobre o momento da abertura das propostas;
- 2ª Antes dos momentos indicados na 1ª conclusão, o requerimento de acesso formulado por um concorrente relativamente à proposta e documentos respectivos apresentados por outros concorrentes é regulado pelo Código do Procedimento Administrativo e por legislação específica sobre empreitadas de obras públicas e realização de despesas públicas com a locação, empreitadas, prestação de serviços e aquisição de bens, ou seja, aquele acesso é feito por consulta directa, em momentos bem determinados e sem possibilidade de certidão ou reprodução dos documentos;
- 3ª No decorrer dos procedimentos de concurso público para a reavaliação de empreitadas ou aquisição de bens e serviços o acesso às propostas e respectiva documentação entregue por qualquer concorrente deve respeitar, por expressa remissão legal, os correspectivos limites constantes da LADA para o acesso aos documentos administrativos;
- 4ª Após a conclusão do concurso público, os documentos de origem particular detidos pela Administração constituem documentos administrativos, em regra de carácter não nominativo, podendo, nestas condições, ser comunicados através de certidão ou reprodução;
- 5ª Contudo, as propostas e respectivos documentos apresentados pelos concorrentes podem estar sujeitos ao regime dos documentos administrativos de carácter nominativo, incluindo a necessidade de autorização especial de acesso e a possibilidade condicional de acesso mediante expurgo, designadamente os documentos comprovativos de idoneidade cuja divulgação possa afectar a reserva da intimidade da vida privada;

- 6ª Ao mesmo regime estarão sujeitas as propostas e documentos cuja comunicação a terceiros concorrentes possa colocar em causa segredos comerciais, industriais ou da vida interna da empresa que os apresentou, desrespeitar direitos de autor ou de propriedade industrial ou permitir a sua utilização no contexto de práticas de concorrência desleal;
- 7ª Quando as circunstâncias mencionadas nas conclusões 5ª e 6ª ocorrerem no âmbito de procedimento de concurso público ainda não concluído, a entidade pública promotora do concurso, dada a exclusão da possibilidade de acesso através de certidão ou reprodução, deverá decidir no sentido da inadmissibilidade da consulta que um concorrente interessado pretenda efectuar da propostas ou, conforme o caso, dos documentos apresentados por qualquer dos outros concorrentes;
- 8ª A conclusão anterior não prejudica a possibilidade de uma consulta parcial do documentos apresentados pelos outros concorrentes, com exclusão dos documentos onde concorram informações confidenciais.

Lisboa, 29 de Julho de 1998.

*Vasco Almeida (Relator) – José Magalhães - Silva Marques – Narana Coissoró - Francisco de Brito - José Renato Gonçalves – Gameiro dos Santos – Branca do Amaral - João Labescat - Castro Martins (Presidente)*