# ORIENTAÇÃO TÉCNICA 04/CCP/2018

**Assunto: CONSULTA PRELIMINAR AO MERCADO**

No âmbito das competências atribuídas ao Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (IMPIC) pelo artigo 454.º-A do Código dos Contratos Públicos (na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto), e pelo artigo 3.º, nº 3, al. e) da Lei orgânica do IMPIC, I.P. (aprovada pelo Decreto-Lei nº 232/2015, de 13 de outubro), estabelece-se a seguinte orientação técnica:

Artigo 35.º -A
Consulta preliminar ao mercado

1 - Antes da abertura de um procedimento de formação de contrato público, a entidade adjudicante pode realizar consultas informais ao mercado, designadamente através da solicitação de informações ou pareceres de peritos, autoridades independentes ou agentes económicos, que possam ser utilizados no planeamento da contratação, sem prejuízo do disposto na alínea i) do n.º 1 do artigo 55.º.
2 - A consulta preliminar prevista no número anterior não pode ter por efeito distorcer a concorrência, nem resultar em qualquer violação dos princípios da não discriminação e da transparência.
3 - Quando um candidato ou concorrente, ou uma empresa associada a um candidato ou concorrente, tiver apresentado informação ou parecer à entidade adjudicante ou tiver sido consultada, nos termos dos números anteriores, ou tiver participado de qualquer outra forma na preparação do procedimento de formação do contrato, a entidade adjudicante deve tomar as medidas adequadas para evitar qualquer distorção da concorrência em virtude dessa participação.
4 - Para efeitos do disposto no número anterior, são consideradas medidas adequadas, entre outras, a comunicação aos restantes candidatos ou concorrentes de todas as informações pertinentes trocadas no âmbito da participação do candidato ou concorrente na preparação do procedimento de formação do contrato, com inclusão dessas informações nas peças do procedimento.

## 1 – O que é a consulta preliminar ao mercado?

A consulta preliminar ao mercado consiste num "instrumento" que pode ser utilizado pela entidade adjudicante para o planeamento do seu procedimento pré-contratual. A

entidade adjudicante, ainda antes de iniciar o procedimento propriamente dito (ou seja, antes da decisão de contratar), pode consultar informalmente o mercado com vista a planear a aquisição pretendida e, consequentemente, obter um maior conhecimento para uma melhor preparação das peças procedimentais, aumentando as probabilidades de adquirir com menos custos e com mais qualidade e maior adequação às necessidades identificadas.

Esta consulta informal ao mercado, que deve ser efetuada o mais próximo possível do lançamento do procedimento, pode consistir, entre outros mecanismos, na solicitação de informações ou pareceres a especialistas em determinada matéria ou a entidades independentes e, na maioria das vezes, aos próprios operadores económicos para "auscultação" do que o mercado tem para oferecer.

Esta figura jurídica da consulta preliminar ao mercado resulta da transposição do disposto nos artigos 40.º e 41.º da Diretiva 2014/24/UE e nos artigos 58.º e 59.º da Diretiva 2014/25/UE.

## 2 – A consulta preliminar ao mercado é de realização obrigatória?

Antes de iniciar os seus procedimentos pré-contratuais, as entidades adjudicantes não têm o dever ou obrigação de realizar consultas informais ao mercado. Ou seja, a realização de consultas preliminares ao mercado é uma faculdade concedida pela lei às entidades adjudicantes, que, assim, decidem da necessidade ou não de realização das consultas preliminares ao mercado.

No Código dos Contratos Públicos (doravante designado CCP) são feitas referências à "consulta preliminar ao mercado", nomeadamente, como ferramenta de auxílio à fixação do preço base (artigo 47.º do CCP) e à determinação do preço anormalmente baixo (artigo 71.º do CCP).

A consulta preliminar ao mercado pode, igualmente, ser utilizada para fundamentar a fixação do "valor do contrato" (artigo 17º nº 7 do CCP), a divisão do objeto contratual em

lotes (artigo 46º-A nº 2 do CCP) e a fixação de um prazo superior ao constante no artigo 48º do CCP.

**3 – Quando o legislador menciona que a consulta preliminar é realizada pela entidade adjudicante, refere-se ao órgão competente para a decisão de contratar ou aos serviços dessa entidade?**

Uma vez que se trata de uma fase "pré-procedimental", voluntária e não vinculativa, a realização da consulta preliminar ao mercado não tem de ser necessariamente efetuada pelo órgão competente para a decisão de contratar, podendo os serviços fazê-lo. No entanto, atendendo às implicações que o artigo 35º-A vem determinar, sugere-se que a decisão de efetuar uma consulta preliminar seja realizada pelo dirigente máximo do serviço, ou em quem ele tiver delegado esse poder.

**4 – Só pode existir uma consulta preliminar ao mercado por procedimento pré-contratual?**

Dentro da discricionariedade da Administração, nada impede que a entidade adjudicante depois de realizar uma consulta preliminar ao mercado, volte novamente a "convocar" o mercado sobre o mesmo objeto, se o considerar conveniente, consultando os participantes da primeira consulta ou outros.

**5 – A consulta preliminar ao mercado obriga a entidade adjudicante a contratar?**

O facto de se realizar uma consulta preliminar ao mercado não obriga a entidade adjudicante a abrir um procedimento pré-contratual. Pode acontecer que, uma vez feita a auscultação dos especialistas e/ou os operadores económicos, a entidade adjudicante venha a concluir que a melhor opção é não contratar.

Neste sentido, os interessados que participam em consultas preliminares ao mercado não podem ter como legítimas expetativas a abertura de um procedimento com o intuito de concretizar o objeto da consulta preliminar.

**6 – Nos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia, a entidade adjudicante fica obrigada a convidar os operadores económicos que participaram na consulta preliminar ao mercado?**

Nos procedimentos de ajuste direto ou de consulta, só podem apresentar proposta as entidades que forem convidadas, cabendo ao órgão competente para a decisão de contratar a escolha de quem vai convidar. Sendo a consulta preliminar ao mercado um "instrumento informal", o órgão competente para a decisão de contratar não fica obrigado a convidar aqueles que colaboraram com a entidade adjudicante na fase pré-procedimental.

**7 – Quais os limites a observar na realização da consulta preliminar ao mercado?**

A realização da consulta preliminar ao mercado comporta certos limites que importa observar.

De acordo com o n.º 2 do artigo 35.º-A do CCP, a consulta preliminar não pode ter por efeito distorcer a concorrência, nem resultar em qualquer violação dos princípios da não discriminação e da transparência.

Desde logo, como decorre do n.º 1 deste artigo, a consulta preliminar deve ser realizada em termos compatíveis com o disposto em matéria de impedimentos de candidatos ou concorrentes, concretamente, o disposto na alínea i) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP, segundo a qual "*não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, 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*".

Portanto, na realização da consulta preliminar ao mercado deve-se ter o especial cuidado para que, na sequência da mesma, um operador económico (i) não adquira uma vantagem que falseie as condições normais de concorrência caso venha a apresentar uma candidatura ou proposta, ou venha a integrar um agrupamento de candidatos ou de concorrentes, ou (ii) não fique inibido de participar no procedimento contratual que venha a ser lançado, por ter sido participante da consulta preliminar,.

## 8 – Quais as medidas preventivas/cuidados a ter aquando da realização da consulta preliminar ao mercado?

Nos termos do n.º 3 do artigo 35.ºA do CCP, quando um operador económico tenha participado numa consulta preliminar ao mercado e venha a apresentar uma candidatura ou proposta no âmbito do procedimento pré-contratual que venha a ser lançado, a entidade adjudicante deve tomar as medidas que considere necessárias e adequadas para evitar qualquer tipo de violação ao princípio da concorrência, em virtude daquela participação, nomeadamente a *"(…) comunicação aos restantes candidatos ou concorrentes de todas as informações pertinentes trocadas no âmbito da participação do candidato ou concorrente na preparação do procedimento de formação do contrato, com inclusão dessas informações nas peças do procedimento"*, ou, "(…) *a fixação de prazos adequados para a receção de propostas (...)*", conforme consta da Diretiva 2104/24/UE(artigo 41.º) e da Diretiva 2014/25/UE (artigo 59.º).

A fixação de prazos adequados para apresentação de propostas é uma medida eficaz para anular ou reduzir uma posição eventualmente privilegiada daquele que participou na consulta preliminar ao mercado face aos demais interessados pelo facto de ter tido um conhecimento da necessidade e da intenção de contratar por parte da entidade adjudicante antes dos outros. Uma das formas de realizar uma consulta preliminar ao

mercado é a sua publicitação no sitio da internet utilizado pela entidade adjudicante, o que implica que todos os operadores económicos poderão participar em igualdade de circunstâncias.

Alguns cuidados podem ser tomados para salvaguardar os princípios da concorrência, de não discriminação e da transparência:

- Quando a consulta preliminar ao mercado implique reuniões com operadores económicos, reunir, sempre que possível, em conjunto com todos os consultados, e não de forma individual;
- A informação a fornecer aos "consultados" deve ser somente a estritamente necessária para que aqueles possam responder adequadamente;
- Elaboração de atas das reuniões que se realizem ao abrigo da consulta ao mercado, de onde constem, nomeadamente, os seguintes elementos: identificação de participantes, datas, matérias objeto da reunião, informações/documentação solicitada, documentação entregue, entre outros elementos.
- Elaboração, de relatórios técnicos sobre a consulta preliminar, se necessário;
- Informação aos participantes da consulta preliminar ao mercado da possibilidade de se tornar obrigatório a divulgação de informações/documentos obtidos no seio da consulta a todos os futuros candidatos ou concorrentes do procedimento;
- Documentar e arquivar toda a troca de informações técnicas, pareceres ou outro tipo de documentos que sejam recebidos ou prestados no âmbito da consulta preliminar.

## 9 – É necessário publicitar ou divulgar aos candidatos ou concorrentes a realização e/ ou conteúdo da consulta preliminar ao mercado ?

O n.º 4 do artigo 35 .º-A do CCP estabelece que são consideradas medidas adequadas para evitar qualquer distorção da concorrência, e também para cumprimento do princípio da transparência, "*entre outras, a comunicação aos restantes candidatos ou concorrentes de todas as informações pertinentes trocadas no âmbito da participação do candidato ou*

*concorrente na preparação do procedimento de formação do contrato, com inclusão dessas informações nas peças do procedimento*."

Relativamente a esta matéria, impõe-se, uma análise cuidadosa, nomeadamente no que se consideram "*informações pertinentes*" e de que forma se deve incluir essas informações "*nas peças do procedimento*".

Informações pertinentes serão todas aquelas que de qualquer forma tiveram influência na preparação das peças do procedimento e, como tal, conformaram a decisão de contratar da entidade adjudicante.

Devem essas informações constar efetivamente das peças?

Em primeiro lugar, parece resultar da letra da lei que a entidade adjudicante apenas deve tomar as medidas adequadas para evitar qualquer distorção à concorrência nas hipóteses em que um participante da consulta preliminar ao mercado, depois de aberto o procedimento pré-contratual correspondente, apresenta uma candidatura ou uma proposta. Ou seja, para além de consultado (anteriormente na consulta preliminar) assume a posição de candidato ou concorrente. Compreende-se a intenção do legislador, pois nestes casos é mais evidente o potencial perigo de desvios à concorrência, uma vez que este candidato ou concorrente teve a oportunidade de participar antes numa consulta preliminar, pelo que, teoricamente, se poderá encontrar numa posição mais privilegiada em face de outros que apenas são candidatos ou concorrentes, ou seja, não foram consultados ao abrigo da consulta preliminar ao mercado.

Atente-se, todavia, que a entidade adjudicante só tem conhecimento que determinado participante da consulta preliminar é também candidato ou concorrente terminado o prazo de apresentação de candidaturas ou de propostas, respetivamente.

Ora, colocando-se as "informações pertinentes" nas peças, todos os que as tiverem obtido terão conhecimento dessas informações, ainda que os participantes na consulta ao mercado não venham a assumir a qualidade de candidato e/ou concorrente.

Quando a informação tiver natureza comercial, não se deve indicar essa informação nas peças, sob pena de, dessa forma se estar a violar o princípio da concorrência por se dar a conhecer informação "privilegiada" de um operador económico. Nestas situações deve-se

apenas indicar no convite ou no programa do procedimento que foi efetuada uma consulta preliminar, com a indicação que a informação pertinente resultante da mesma será, caso seja solicitada, disponibilizada aos futuros concorrentes do procedimento, o que necessariamente só ocorrerá após terminado o prazo de apresentação de propostas.

**10 – É possível a um operador económico requerer que a informação a fornecer em sede de consulta preliminar ao mercado seja classificada?**

Entende-se que sim, desde que o operador económico invoque motivos de segredo comercial, industrial, militar ou outro. Se num procedimento, um interessado pode requerer a confidencialidade de documentos que constituem a sua proposta, por maioria de razão essa "classificação" também pode ser requerida na fase de consulta preliminar ao mercado, devendo a entidade adjudicante ajuizar se, ainda assim, deverá consultar esse operador económico.

**11 – Quando a entidade adjudicante tenha de fornecer informação confidencial na consulta preliminar ao mercado, ainda assim pode fazê-la?**

Pode, desde que o carácter confidencial dessa informação seja salvaguardado, nomeadamente consultando apenas entidades com credenciação suficiente relativamente ao grau de confidencialidade da informação.

11.07.2019

O Conselho Diretivo

António Pires de Andrade

Presidente

João Santiago Dentinho

Vogal