

Regente: Prof. Doutora Maria João Estorninho

Cotações: 20 = I – 14 valores; II – 6 valores

EXAME DE 9 DE JANEIRO DE 2015

CRITÉRIOS DE CORRECÇÃO

I

O Ministério da Justiça lançou um concurso limitado por prévia qualificação dirigido à celebração de um contrato de concessão do serviço público de gestão de todo o sistema de registo comercial dos actos das empresas.

Ao concurso apresentaram-se quatro candidatos. Dois deles foram logo excluídos na fase de qualificação: a “Abel Consultoria”, por não cumprir um requisito que estabelecia que para serem admitidos a concurso, os candidatos teriam de garantir que, em todo o seu giro comercial, apenas utilizavam materiais reciclados, e a Imprensa Nacional Casa da Moeda, SA, sociedade de capitais públicos, pois o programa do procedimento estabelecia que “não podem candidatar-se empresas detidas a mais de 50% pelo Estado português”.

Abertas as outras duas propostas, das empresas “Bento Soluções Tecnológicas” e “Digital Stuff”, o júri do concurso verificou que nenhum dos concorrentes cumpria o requisito fixado no caderno de encargos segundo o qual se devia disponibilizar, pelo menos, um balcão de atendimento físico em cada capital de distrito. Os concorrentes alegavam que com a informatização, esse requisito era desnecessário e encarecia o serviço, o que o júri considerou convincente, propondo por isso a admissão de ambas as propostas.

Na avaliação das propostas, as mesmas obtiveram pontuações próximas, mas a “Bento Soluções Tecnológicas”, por ter mais experiência em contratos anteriores com o Estado português, aspecto que valia 15% do critério de adjudicação, veio a vencer o concurso.

Considere as seguintes questões, que são independentes entre si:

- a) São válidos os requisitos que levaram à exclusão das candidaturas da “Abel Consultores” e da INCM? (5 valores)

Cumpra analisar separadamente os requisitos que motivaram a exclusão de cada uma das candidaturas.

i. Candidatura da “Abel Consultoria”:

O requisito ligado à garantia de utilização, pelos candidatos, apenas de materiais reciclados em todo o seu giro comercial prende-se com a ponderação de considerações ambientais no preenchimento do critério da proposta economicamente mais vantajosa, o que se afigura legítimo e foi admitido pela jurisprudência comunitária desde o acórdão *Concordia Bus*, constituindo uma manifestação do *Green Public Procurement* (cfr., por exemplo, o artigo 42.º, n.º 6 do CCP). Concretamente, pretende-se uma reflexão em torno do preenchimento dos pressupostos fixados no referido acórdão para o efeito, em particular, o pressuposto de que os critérios ecológicos – *in casu*, a utilização de materiais reciclados – estejam relacionados com o objecto do concurso (gestão de todo o sistema de registo comercial dos actos das empresas), avaliando-se a legalidade da exclusão desta candidatura em conformidade.

ii. Candidatura da INCM:

Pretende-se uma correcta qualificação da questão em causa, concretamente, a restrição ou limitação do acesso das empresas públicas aos procedimentos pré-contratuais tendentes à adjudicação de contratos públicos, a par de uma reflexão sobre a natureza jurídica das entidades e sobre a relevância da participação social em causa.

Valorizar-se-á o enquadramento do tema à luz da jurisprudência europeia relevante.

b) Aprecie a legalidade da decisão de admitir as propostas da “Bento Soluções Tecnológicas” e da “Digital Stuff”. (2,5 valores)

Pretende-se um enquadramento da decisão de admissão das propostas, com enfoque, por um lado, na desconsideração de um requisito fixado no caderno de encargos (nos termos do qual se devia disponibilizar, pelo menos, um balcão de atendimento físico em cada capital de distrito) e, por outro, na inerente qualificação de semelhante requisito.

Assim, atendendo ao requisito em apreço, apontando o mesmo para a disponibilização de um mínimo de balcões por capital de distrito, deve assinalar-se que esse constitui um aspecto da execução do contrato não submetido à concorrência, sendo tal número mínimo um requisito de observância vinculada (por oposição aos parâmetros base, que constituem uma

base a partir da qual se estabeleceria a concorrência) e um elemento de referência obrigatória para todos os concorrentes.

Quanto à desconsideração de semelhante requisito, deve referir-se que em matéria de procedimentos de formação de contratos, vigora a regra da inalterabilidade ou da estabilidade das regras do procedimento, *maxime*, após a fase de apresentação de propostas, devendo as peças do procedimento manter-se inalteradas ao longo de todo o procedimento e a entidade adjudicante conformar a sua conduta de modo a não privilegiar ou prejudicar qualquer concorrente, assegurando a igualdade de tratamento dos concorrentes, em particular na apresentação, na comparação e na avaliação das propostas.

Por conseguinte, não cumprindo as propostas em análise o referido requisito, as mesmas deveriam ter sido excluídas nos termos da alínea *b)* do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, pelo que a respectiva admissão e inerente desconsideração do presente aspecto do caderno de encargos redundava na violação dos aludidos princípios estruturantes dos procedimentos pré-contratuais.

c) Aprecie a validade do critério de adjudicação fixado. (2,5 valores)

A resposta deverá integrar a qualificação da experiência em contratos anteriores com o Estado como característica ou qualidade dos concorrentes, devendo assinalar-se que no concurso limitado por prévia qualificação, as características ou qualidades dos candidatos podem ser analisadas e valoradas, mas numa fase anterior à apresentação de propostas e, portanto, não para efeito de adjudicação.

À luz do exposto, deve referir-se que a avaliação da experiência das empresas é um factor ilegítimo do critério de adjudicação do presente contrato de concessão do serviço público, na medida em que respeita a um aspecto relativo a qualidades e situações dos concorrentes e não das propostas, que colide com a proibição prevista no artigo 75.º, n.º 1, *in fine*, do CCP (não sendo afastada pelo n.º 3 do mesmo artigo 75.º).

d) Três anos após o início de execução do contrato, verifica-se que, dada a forte contracção da actividade económica entretanto verificada, a procura de actos de registo se situa em cerca de metade do inicialmente previsto. As partes negociam então uma alteração do contrato de

acordo com a qual a vigência do mesmo é estendida de cinco para oito anos. *Quid juris?* (4 valores)

A legalidade da prorrogação do contrato de concessão em causa deve ser avaliada à luz do regime relativo as modificações contratuais contido no CCP, devendo ser abordados os seguintes tópicos: *i*) iniciativa, para efeitos de aplicação do artigo 311.º do CCP (no caso, acordo entre as partes); *ii*) fundamentos da alteração do contrato, para efeitos de aplicação do artigo 312.º do CCP (configuração dos mesmos como uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar ou como razões de interesse público); *iii*) limites que semelhante modificação deve respeitar (análise e aplicação do artigo 313.º do CCP) e *iv*) consequências da mesma à luz do artigo 314.º do CCP, concretamente revelando uma correcta aplicação dos diferentes regimes vertidos no referido artigo, consoante o fundamento da modificação em causa.

Privilegiar-se-á a opção, devidamente fundamentada, pela alteração das circunstâncias, concretamente atenta a referência a uma “forte contracção da actividade económica”, em que o co-contratante apenas tem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade (artigo 314.º, n.º 2, do CCP).

Valorizar-se-ão uma reflexão em torno das implicações da modificação contratual em causa com o princípio da concorrência e a referência e apreciação crítica das aplicáveis normas das Directivas europeias de 2014.

II

(6 valores)

Desenvolva um dos seguintes temas:

- a) O actual sistema português de contencioso em matéria de formação de contratos públicos é compatível com o Direito da União Europeia?

- Análise e apreciação crítica de exemplos de materialização do movimento europeu de convergência do direito administrativo em geral e, concretamente, das garantias dos

particulares em matéria de contratos públicos: alargamento do âmbito da jurisdição administrativa, regime do contencioso pré-contratual urgente, tutela cautelar, etc.;

- Avaliação da necessidade de conformação do direito processual administrativo com o direito europeu, concretamente, com a Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007 (será valorizada a referência a exemplos concretos);

- Apreciação das alterações introduzidas no CCP tendentes a assegurar a efectiva aplicação do Direito Europeu.

b) Em que medida pode dizer-se que a evolução do Direito Europeu (incluindo as novas directivas de 2014) contribuiu para o *requiem pelo contrato administrativo*?

- Origem e evolução do conceito europeu de contrato público – subsídios jurídico-normativos das Directivas Europeias e *ratio*;

- Contextualização e análise da subsistência da dicotomia entre contratos administrativos e demais contratos da Administração Pública à luz do CCP;

- Alargamento do âmbito de aplicação das diretivas da União Europeia (não confinado ao domínio da formação dos contratos);

- Apreciação crítica.