

## **Direito Administrativo III (Noite)**

**19 de Fevereiro de 2016**

**Professora Doutora Ana Gouveia Martins / Dr. Marco Caldeira**

Duração da prova: 120 minutos

### **I.**

#### **1) Em função do seu âmbito objectivo e subjectivo, a celebração deste contrato estava sujeita ao Código dos Contratos Públicos? Justifique. (2 valores)**

- O instituto público A é uma entidade adjudicante (artigo 2.º/1/d) do CCP), pelo que o âmbito subjectivo de aplicação do CCP está preenchido **(0,75 valores)**;
- O contrato de empreitada de obras públicas também vem regulado no Código, presumindo-se que a sua celebração está sujeita à concorrência de mercado (artigo 16.º/2/a) do CCP), preenchendo-se, assim, o seu âmbito objectivo **(0,75 valores)**. O valor do contrato é aqui irrelevante, já que, ao contrário das entidades adjudicantes dos “sectores especiais” (artigos 7.º e 11.º/2 do CCP), a sujeição ao CCP das entidades do sector público tradicional não está dependente de o preço do contrato a celebrar atingir um determinado montante mínimo **(0,25 valores)**;
- Assim, em princípio a celebração deste contrato pelo instituto público A estaria sujeita ao regime procedimental previsto na Parte II do CCP, salvo se ocorresse alguma situação de exclusão deste contrato à concorrência de mercado (artigo 5.º/1 e 2 do CCP), o que os dados da hipótese não evidenciam minimamente **(0,25 valores)**.

#### **2) Em caso afirmativo, que procedimentos pré-contratuais poderia (ou deveria) o instituto público A adoptar? (3 valores)**

- O ajuste directo apenas poderia ser lançado em função de critérios materiais, desde que verificado algum dos pressupostos dos artigos 24.º ou 25.º do CCP; Neste caso, não seria possível lançar mão de um ajuste directo em função do critério do valor, já que o artigo 19.º/a) do CCP apenas permite a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, por ajuste directo adoptado com base neste critério, quando o valor do contrato é inferior a € 150.000, o que aqui não sucedia **(1,25 valores)**;
- Além do ajuste directo, com base em critérios materiais, o instituto público A poderia ainda promover, indiferenciadamente, um concurso público ou de um concurso limitado – com a ressalva, porém, de que qualquer um destes procedimentos dever gozar de publicidade

internacional (= publicitação do anúncio no *JOUE*), por o valor de € 7.000.000 exceder os limiares das Directivas comunitárias (e os regulamentos que as concretizam), para os quais o artigo 19.º/b) do CCP remete **(1,25 valores)**;

- O concurso público urgente, por sua vez, estava excluído, seja pelo valor, seja pelo tipo de contrato a celebrar (artigo 155.º) **(0,25 valores)**;

- Quanto aos procedimentos de negociação (artigo 29.º) e o diálogo concorrencial (artigo 30.º), apesar de, em abstracto, os mesmos serem idóneos para a celebração deste tipo de contratos, em concreto não parece que os requisitos para a sua adopção estivessem verificados **(0,25 valores)**.

### **3) Comente a validade das disposições do programa do concurso:**

#### **3.1. Quanto ao limite de candidatos a qualificar. (1 valor)**

- A lei permite a adopção, indiferenciadamente, dos modelos de selecção ou simples; todavia, quando é adoptado o modelo de selecção, não pode a entidade adjudicante prever que o número de candidatos a qualificar seja inferior a 5 (artigo 164.º/1/m)/ii) do CCP). O que não impede, claro, que, na prática, sejam qualificados menos de cinco candidatos (como prevê o artigo 181.º/3, *in fine*, e 4 do CCP): o ponto é que a entidade adjudicante não pode antecipadamente fixar um limite inferior a esse no programa do concurso.

#### **3.2. Quanto à capacidade financeira exigida para a qualificação. (1,5 valores)**

- O artigo 165.º/3 do CCP prevê que os requisitos mínimos de capacidade financeira “*devem reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar*”. Há aqui, pois, uma preocupação de proporcionalidade, com vista à promoção da concorrência (no fundo, para que os concursos não sejam “feitos à medida” nem se convertam, assim, em “ajustes directos encapotados”), a qual, de resto, também é afluída no artigo 165.º/5 do CCP (na parte em que proíbe exigências discriminatórias) e é reforçada pelas novas Directivas. Ora, não parece existir aqui qualquer fundamento para exigir aos candidatos uma situação financeira como a exigida no programa deste concurso, já que a média dos lucros tributáveis ali impostos correspondem a nada mais nada menos do que dez vezes o valor do contrato que se pretende celebrar. Nesta linha, a norma concursal em causa deve ter-se por inválida, por violação do disposto no artigo 165.º/3 do CCP e do princípio geral da proporcionalidade.

### **4) Comente a actuação do júri, abordando autonomamente os dois fundamentos invocados no relatório final para justificar o projecto de decisão:**

#### **4.1. A maior rapidez na execução da obra (1,5 valores);**

- A hipótese refere que o critério de adjudicação adoptado foi o do preço mais baixo (artigo 74.º/1/b) do CCP), cuja adopção apenas é permitida quando o preço é o único aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos (artigo 74.º/2 do CCP).

O preço era, assim, o único atributo das propostas (artigo 56.º/1 do CCP). Por conseguinte, não poderia o júri avaliar as propostas com base em aspectos que não constituíam factores do critério de adjudicação e por si criados ad hoc posteriormente à apresentação da abertura das propostas, sob pena de desvirtuar a concorrência no procedimento e violar diversos princípios jurídicos (o da legalidade, o da concorrência, o da igualdade, o da imparcialidade, o da transparência, o da tipicidade procedimental...), com assento constitucional e/ou legal (*vide*, desde logo, o artigo 1.º/4 do CCP).

#### **4.2. A maior solidez financeira da empresa (2 valores).**

- A acrescer ao que já foi referido na resposta anterior, a consideração da capacidade financeira do proponente para efeitos de valorizar o mérito da sua proposta, (além de, na prática, implicar o aditamento, ilegal, de um factor ao critério de adjudicação, como se referiu) viola ainda o princípio da separação entre as fases da qualificação (dos candidatos) e da avaliação (das propostas), com tradução expressa, quer no artigo 75.º/1 do CCP (apesar de aqui não aplicável) e no artigo 184.º/2/h) do CCP, que visa evitar a “contaminação” dos juízos valorativos a efectuar pelo júri, impedindo que estes sejam determinados por factores extrínsecos à realidade sob análise em cada momento (candidatura ou proposta). Além disso, o artigo 187.º/2 do CCP estabelece que todos os candidatos qualificados passam à fase seguinte em condições de igualdade, o que constitui uma razão adicional para que o júri não pudesse servir-se deste critério da capacidade financeira para decidir pela escolha da melhor proposta.

#### **5) Poderia o contrato ser celebrado oralmente? (1 valor)**

A resposta é negativa, porquanto:

- A regra é a de os contratos públicos revestirem forma escrita (artigo 94.º/1 do CCP) **(0,75 valores)**;
- Apesar de a lei prever excepções a esta regra geral (artigo 95.º/1 do CCP), neste caso não estão as mesmas verificadas. Pelo que se regista um vício de forma, devendo o contrato ter sido celebrado por escrito **(0,25 valores)**.

#### **6) Poderia o contrato ter sido celebrado logo no dia seguinte? Em caso negativo, quais as formalidades que deveriam ter sido seguidas e os prazos que deveriam ter sido respeitados? (3 valores)**

A resposta é negativa.

Desde logo, deveria ter sido respeitado o período de *stand-still* previsto no artigo 104.º/1/a) do CCP.

Por outro lado, entre a adjudicação e a efectiva outorga do contrato há um conjunto de formalidades que devem ser observadas, como a apresentação dos documentos de habilitação (artigo 81.º/1 do CCP) – incluindo aqui, obrigatoriamente, o alvará ou título de registo emitido pelo InCI, por se tratar de um contrato de empreitada de obras públicas (artigo 81.º/2 do CCP) –, bem como a prestação de caução (obrigatória sempre que o valor do contrato exceda os €

200.000, como aqui sucedia: artigo 88.º/1 e 2 do CCP) e, eventualmente, a confirmação de compromissos por parte de terceiros (artigo 92.º do CCP), sendo que a hipótese não dá qualquer indicação quanto à eventual necessidade desta última fase em particular (assim como, já agora, nada diz quanto à constituição de agrupamentos, já que a empresa Y se apresentou sozinha a concurso). Por fim, devendo o contrato ser celebrado por escrito, como se referiu na resposta anterior, haveria ainda lugar à notificação da minuta do contrato (artigo 100.º do CCP), com lugar a eventual reclamação pelo adjudicatário (artigo 102.º do CCP).

## **II.**

Na resposta, deverá o aluno:

- analisar o artigo 79.º do CCP, designadamente a sua natureza taxativa ou não;
- explicar quando a não adjudicação é, nesses casos, obrigatória ou uma opção da entidade adjudicante;
- referir que, além dos casos do artigo 79.º, a entidade adjudicante pode, aquando da análise do relatório final, encontrar ilegalidades procedimentais, caso em que tem a obrigação de declarar a nulidade ou revogar os atos inválidos, nos termos gerais do CPA;
- apresentar as diferentes consequências de cada uma destas situações, designadamente ao nível da indemnização devida aos participantes no procedimento, diferenciando as suas posições.