

Direito Administrativo III

Ano lectivo de 2016/2017 – 1.º Semestre – Noite

19 de Janeiro de 2017

Regência: Professor Doutor Lourenço Vilhena de Freitas

Assistente: Lic. Marco Caldeira

Duração da prova: 90 (noventa) minutos

I.

O Estado Português pretende contratar serviços de segurança privada, para vigilância das instalações dos diversos Ministérios e serviços da Administração central. O objectivo é o de contratar 200 seguranças, dispondo-se o Estado a pagar, no máximo, € 200.000 pela execução do contrato.

Para o efeito, foi lançado um concurso público de nível nacional, podendo as propostas ser apresentadas no prazo máximo de 5 dias após a publicação do anúncio do concurso no *Diário da República*. No entanto, o anúncio ressaltava expressamente que apenas poderiam apresentar proposta empresas que demonstrassem ter experiência na execução de contratos similares, nos últimos cinco anos.

Foram apenas apresentadas duas propostas, a das empresas Trabalho Escravo, Lda., com o preço de € 110.000, e Tudo Seguro, S.A., com o preço de € 170.000.

No relatório preliminar, o júri decidiu excluir a proposta da empresa Trabalho Escravo, por o preço proposto não ser suficiente, sequer, para a empresa pagar o salário mínimo legalmente fixado (€ 557) a todos os trabalhadores identificados na proposta. Nessa conformidade, o júri acabou por propor a adjudicação da proposta da Tudo Seguro.

No entanto, o Conselho de Ministros não homologou o projecto de decisão do júri e deliberou o cancelamento do concurso, proferindo uma decisão de não adjudicação e revogando a decisão de contratar. Para o efeito, invocou que, por um lado, a conjuntura económica nacional se tinha degradado desde o início do concurso e, por outro lado, os níveis de criminalidade desde há muitos anos se vinham mantendo estáveis, pelo que

seria mais eficiente alocar as verbas destinadas ao contrato a outros fins de relevante interesse público.

Aprecie, criticamente:

1. A sujeição deste contrato ao regime do Código dos Contratos Públicos (2 valores)

O Estado Português é uma entidade adjudicante [artigo 2.º, n.º 1, alínea a) do CCP].

Por seu turno, o contrato que se pretende celebrar é de aquisição de serviços, tratando-se, portanto, de um contrato cujo objecto integra, inquestionavelmente, prestações submetidas (ou passíveis de ser submetidas) à concorrência de mercado [como resulta expressamente do artigo 16.º, n.º 2, alínea e) do CCP, que concretiza a cláusula geral que, a contrario, se retira do artigo 5.º, n.º 1 do Código.

Neste sentido, estando preenchidos os âmbitos subjectivo e objectivo de aplicação do Código, a celebração do contrato em causa estará sujeita à disciplina procedimental da sua Parte II, a menos que, porventura, se verifique alguma circunstância que subtraia a sua celebração de um contexto de concorrência de mercado (sendo que nada na hipótese aponta nesse sentido).

2. A escolha do procedimento e o prazo fixado para apresentação das propostas (3 valores)

Estando a celebração do contrato sujeita ao regime do Código, para esse efeito pode/deve ser adoptado um dos procedimentos pré-contratuais elencados no respectivo artigo 16.º, n.º 1.

O concurso público é um deles, e não depende da verificação de quaisquer critérios materiais para a sua adopção, pelo que este procedimento poderia ser validamente escolhido para a celebração do contrato em causa.

No entanto, uma vez que a entidade adjudicante era o Estado Português, e considerando que o preço base seria de € 200.000 [artigo 47.º, n.º 1, alínea b)], não bastaria a publicidade nacional (publicação de anúncio no Diário da República), sendo necessária a publicidade internacional (publicação do anúncio também no JOUE), por

força do disposto no artigo 20.º, n.º 2 do CCP e da remissão para os limiares comunitários (que, no caso, estão actualmente fixados em € 134.000). O problema não está, portanto, na escolha do procedimento concurso público, mas no grau de publicidade conferido a esse mesmo procedimento, já que a mesma (publicidade) condiciona o valor do contrato a celebrar (artigo 18.º do CCP).

Por seu turno, quanto ao prazo de apresentação de propostas, também aqui se verifica uma ilegalidade. É que, a par da cláusula geral de adequação dos prazos prevista no artigo 63.º do CCP, o Código prevê ainda prazos mínimos, que não podem ser encurtados. No caso do concurso público sem publicidade internacional, esse prazo mínimo para a apresentação de propostas para a celebração de contratos de aquisição de serviços é de 9 dias (artigo 135.º, n.º 1), pelo que é ilegal a fixação de um prazo de apenas 5 dias. E isto, note-se, tomando como base o grau de publicidade efectivamente adoptado (que, como se viu, seria insuficiente); se tivéssemos em conta a publicidade que legalmente deveria ter sido dada ao procedimento, esse prazo mínimo seria ainda superior, de 47 dias, nos termos do artigo 136.º, n.º 1 do Código.

3. A exigência do requisito de “experiência na execução de contratos similares, nos últimos cinco anos”, como condição para participação no concurso (2 valores)

Uma vez que, de acordo com os dados da hipótese, estamos perante um procedimento de concurso público, é manifesto que a experiência anterior dos concorrentes não pode ser tida em conta, já que este procedimento abstrai das qualidades intrínsecas dos proponentes, apenas visando a apreciação de propostas (embora, neste âmbito, a entidade adjudicante possa estabelecer determinadas exigências de algum modo relativas aos próprios proponentes, desde que configuradas como aspecto da execução do contrato – v.g., não se pode dizer que só se admitem propostas apresentadas por empresas com um determinado quadro de pessoal, mas pode exigir-se que a empresa adjudicatária afecte determinados recursos humanos à execução das prestações que integram o objecto do contrato).

Caso a entidade adjudicante pretendesse avaliar previamente a experiência dos proponentes, como forma de se assegurar da respectiva capacidade técnica para executar pontualmente o contrato, deveria ter lançado mão de um concurso limitado por prévia qualificação (cf. artigos 162.º e seguintes do CCP), já que este procedimento

(como todos os que têm uma fase de prévia qualificação, como o procedimento de negociação e o diálogo concorrencial) permite atender às características dos operadores económicos (candidatos). Neste sentido aponta também, em parte, o artigo 75.º, n.º 1 do Código, embora essa regra seja comum ao concurso limitado por prévia qualificação (em qualquer dos procedimentos, o critério de adjudicação apenas deve conter factores relativos aos atributos das propostas, e não a características dos proponentes) e neste caso a experiência não fosse um factor do critério de adjudicação, mas antes um requisito de admissão das propostas.

Assim, o requisito plasmado no anúncio era ilegal.

4. O entendimento do júri quanto à exclusão da proposta da empresa Trabalho Escravo (4 valores)

A questão da eventual exclusão da proposta da “Trabalho Escravo” remete-nos para a discussão da admissibilidade das propostas com preço dito “abaixo de custo”, matéria que não tem recolhido o consenso na doutrina e na jurisprudência.

Prima facie, a exclusão poderia ser ensaiada com base em um de dois fundamentos legais distintos.

Por um lado, pela qualificação do preço da proposta como “anormalmente baixo”: sendo certo que a proposta da “Trabalho Escravo” tinha um preço que excedia o limiar supletivo fixado no artigo 71.º, n.º 1, alínea b) do CCP, não é menos certo que esse limiar se destina unicamente a obrigar automaticamente os concorrentes a justificarem o seu preço, o que não significa, portanto, que o júri não possa e não deva pedir esclarecimentos aos concorrentes se, apesar de superior àquele limiar, o preço da sua proposta continuar a suscitar dúvidas quanto às respectivas credibilidade e exequibilidade (o que, de resto, é aquilo que um “preço anormalmente baixo” visa aferir). Ora, uma proposta cujo preço não cobre, sequer, os próprios custos, nomeadamente com a remuneração dos meios humanos nela previstos, será, paradigmaticamente, uma proposta com “preço anormalmente baixo”, o que poderia permitir a exclusão desta proposta nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alínea e) do CCP.

Por outro lado, na medida em que adjudicação da proposta em causa, com semelhante preço, implique ou possa implicar que a execução do contrato desrespeitará o salário mínimo fixado por lei (já para não considerar um salário distinto que eventualmente resulte de convenções colectivas de trabalho

especificamente aplicáveis ao sector da segurança privada), isso poderá constituir fundamento para considerar que estaria preenchida a alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, devendo a proposta ser excluída em virtude de se verificar que “o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis”.

Não obstante, quer um quer outro fundamento implicariam (ou seriam reforçado com) a demonstração de que esse incumprimento efectivamente existiria, isto é, que os trabalhadores iriam forçosamente ser pagos com remuneração inferior à que lhes é legal, regulamentar ou convencionalmente devida – o que nem sempre pode ser fácil de demonstrar, desde logo porque nada na lei exige que “cada contrato se pague a si mesmo”, podendo a empresa receber um preço abaixo de custo e, ainda assim, pagar o salário devido aos seus trabalhadores (por exemplo, cobrindo a diferença com receitas e lucros obtidos no âmbito de outros contratos). Tem sido essencialmente por este motivo que o Supremo Tribunal Administrativo, ainda que com críticas por parte da doutrina, tem ultimamente considerado que não é possível, a partir de um preço “abaixo de custo”, concluir necessária e automaticamente pela violação das obrigações relativas ao pagamento dos salários devidos pelo adjudicatário.

Por este motivo, e se bem que mais duvidosamente, poderia ainda indagar-se se a prática de um preço “abaixo de custo” configura uma conduta predatória e lesiva da concorrência, o que, a ser o caso, poderia ainda suscitar a eventual aplicabilidade da causa de exclusão prevista no artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP.

5. A validade da decisão final do Conselho de Ministros (3 valores)

Em primeiro lugar, deve dizer-se que a entidade competente para a decisão de contratar não está juridicamente vinculada ao entendimento do júri, podendo afastar-se dele (ainda que fundamentadamente, nos termos gerais do Código do Procedimento Administrativo).

Em segundo lugar, é discutível se uma entidade adjudicante pode proferir uma decisão de não adjudicação com base nos fundamentos invocados na hipótese, havendo aqui que diferenciar dois planos distintos.

O primeiro plano é o de saber se tais fundamentos se integram na previsão de qualquer das causas de não adjudicação previstas no artigo 79.º, n.º 1 do CCP. Aparentemente, a única “candidata” seria a causa prevista na alínea d) desse preceito

legal, mas mesmo isso é discutível: só a alteração da conjuntura económica é uma “circunstância superveniente”, não os índices de criminalidade registados nos últimos anos. Por outro lado, a alegação de que “seria mais eficiente alocar as verbas destinadas ao contrato a outros fins de relevante interesse público” consubstancia, não uma circunstância superveniente, mas uma valoração diferente do interesse público a prosseguir [sendo que a alínea d) do artigo 79.º, n.º 1 não alude – como o faz, por exemplo, o artigo 312.º, alínea b) do Código – à relevância de “uma nova ponderação das circunstâncias existentes”].

Isto conduz-nos ao segundo plano, o de saber se é legalmente permitido à entidade adjudicante não adjudicar, mesmo em circunstâncias que não se enquadram em qualquer das alíneas do artigo 79.º, n.º 1 do CCP (ou seja, está em causa determinar se este elenco de causas de não adjudicação é taxativo ou meramente exemplificativo). Aqui, a doutrina divide-se, sendo que a jurisprudência administrativa já tem afirmado (sobretudo, em casos de não adjudicação por motivos financeiros) que o referido elenco é apenas enunciativo.

Em suma, a validade da decisão de não adjudicação proferida pelo Conselho de Ministros (que, como se referiu, podia afastar-se do projecto de decisão vertido pelo júri no relatório final) dependia de (i) se poder reconduzir os fundamentos invocados a alguma das alíneas do artigo 79.º, n.º 1 do CCP – sendo, no mínimo, discutível se isso sucedia quanto à alínea d), a única equacionável para este efeito – ou, não sendo isso possível, de (ii) se considerar que esse elenco não é taxativo, como tem sido o entendimento de alguma doutrina e de alguma jurisprudência.

II.

Desenvolva, em não mais de 30 (linhas), o seguinte tópico:

O poder de modificação unilateral do contrato administrativo: fundamento, consequências e limites.

A resposta deve abordar, pelo menos, os seguintes tópicos:

- *A especificidade do contrato administrativo, isto é, a contraposição dos “poderes exorbitantes” do contraente público ao pacta sunt servanda dos contratos de direito privado;*

- *A necessidade deste poder como decorrência do princípio constitucional e legal da prossecução do interesse público (cf. artigo 311.º, n.º 2 do CCP);*
- *A distinção da modificação unilateral face a outras alterações do contrato, designadamente por alteração das circunstâncias ou por via do fait du prince;*
- *A forma de acto administrativo [cf. artigo 307.º, n.º 2, alínea b) do CCP], como excepção à regra geral de que as declarações do contraente público são meras declarações negociais;*
- *A limitação imposta pelo respeito do conteúdo e objecto essencial do contrato (pode mudar-se “o” contrato, mas não “de” contrato) e pelo respeito da concorrência (cf. artigo 313.º, n.ºs 1 e 2 do CCP);*
- *A consequência da reposição do equilíbrio financeiro do contrato [cf. artigos 314.º, n.º 1, alínea b) e 282.º do CCP], que consiste num mecanismo diferente da indemnização devida nos demais casos de modificação do contrato.*

Cotações:

Grupo I: 14 (catorze) valores

Grupo II: 5 (cinco) valores

Acresce 1 (um) valor de ponderação global.