

Direito Administrativo III (Noite)

Exame de Recurso – 17 de Fevereiro de 2017

Regência: Professor Doutor Lourenço Vilhena de Freitas

Duração da prova: 90 (noventa) minutos

CASO PRÁTICO

Suponha que a empresa Comboios do Império Lusitano, S.A. – uma empresa constituída sob a forma de sociedade anónima, mas cujo capital é integralmente pelo Estado Português – pretende contratar um empreiteiro para proceder à remodelação das instalações da sua sede. O valor estimado das obras era de € 6.000.000 (seis milhões de euros) e o critério de adjudicação era o do mais baixo preço.

Para esse efeito, a Comboios do Império Lusitano, S.A. lançou um concurso público urgente, determinando que as propostas deveriam ser apresentadas no prazo máximo de 15 dias a contar da data da publicação do anúncio no *Diário da República*.

Apresentaram proposta no concurso público três entidades, as empresas A, B e C.

No relatório preliminar, o júri deliberou admitir todas as propostas apresentadas e propor a adjudicação da proposta apresentada pelo concorrente A, por, apesar de as propostas dos concorrentes A e B conterem preços idênticos, a primeira previa um prazo de execução mais curto do que o previsto pela empresa B.

Em sede de audiência prévia, os concorrentes B e C pronunciaram-se contra a decisão de adjudicação, nos seguintes termos:

- (i) O concorrente B defendeu que o júri “*não poderia ter desempatado o concurso a favor de A*” com base no prazo de execução do contrato;
- (ii) O concorrente C defendeu que as propostas de A e de B deveriam ter sido excluídas, a primeira por ter sido apresentada fora de prazo e a segunda por ter sido o concorrente B quem, na fase de preparação do concurso, fez o levantamento das obras que seria necessário realizar na sede da Comboios do Império Lusitano, S.A. e informou esta entidade do preço de mercado dos trabalhos.

No relatório final, o júri desconsiderou a argumentação de B (já que, “*em caso de empate, algum critério teria de se encontrar*”) e, **apesar de reconhecer serem verdadeiros os factos invocados por C**, considerou que os mesmos não assumiam relevância suficiente para conduzir a uma alteração do seu anterior projecto de decisão, pelo que manteve a proposta de adjudicação do concurso a A, a qual, mesmo apresentada “*com um ligeiro atraso*”, era a que melhor satisfazia os interesses públicos subjacentes ao contrato a celebrar.

1. A celebração deste contrato estava sujeita ao regime do Código dos Contratos Públicos? Justifique¹. **(5 valores)**

O âmbito subjectivo encontra-se preenchido, uma vez que, apesar da sua forma jurídico-privada (sociedade comercial), é-nos dito que o capital social da Comboios do Império Lusitano, S.A. é integralmente detido pelo Estado Português, que é uma entidade adjudicante [artigo 2.º/1/a) do CCP].

Por outro lado, a Comboios do Império Lusitano, S.A. parece prosseguir necessidades de interesse geral, pelo que, se a sua actividade for levada a cabo sem “carácter industrial ou comercial” (isto é, sem suportar o risco da sua própria actividade), constituirá um “organismo de direito público”, nos termos do artigo 2.º/2 do CCP.

De todo o modo, mesmo que essa actividade seja prosseguida com carácter industrial ou comercial, a Comboios do Império Lusitano, S.A. poderá continuar a ser qualificada como entidade adjudicante, nos termos do artigo 7.º/1/a) do CCP, por se dedicar uma actividade dita “de sector especial”, neste caso o sector dos transportes [artigo 9.º/1/c)]. **(2 valores)**

Quanto ao âmbito objectivo, o contrato aqui em causa é de empreitada de obras públicas, cujo objecto integra prestações sujeitas (ou, pelo menos, passíveis de serem sujeitas) à concorrência de mercado, pelo que o CCP se aplica aos procedimentos de formação deste tipo de contratos [artigos 5.º/1, *a contrario*, e 16.º/2/a)]. **(1 valor)**

Quanto ao dito âmbito “material / sectorial”, está em causa saber se o contrato diz ou não “directa e principalmente respeito” à actividade da Comboios do Império Lusitano, S.A. no âmbito do sector dos transportes. Isto porque as entidades dos “sectores especiais” só estão sujeitas ao CCP para a celebração dos contratos que digam “directa e principalmente respeito” à sua actividade nesses sectores, como resulta do artigo 11.º/1/a) do CCP (*já não é assim, por exemplo, quanto aos “organismos de direito público” que também actuem no âmbito de “sectores especiais”, os quais, mesmo podendo gozar do regime mais flexível na celebração destes contratos, continuam sujeitos às regras do CCP em tudo quanto não diga respeito aos “sectores*

¹ Nota importante: a atribuição da cotação integral exige que, na sua resposta, o aluno se pronuncie sobre os âmbitos (i) subjectivo, (ii) objectivo e (iii) material (sectorial).

especiais”: cf. artigo 12.º) *(não exigível à luz da grelha de correcção, mas passível de valorização caso o aluno o referisse).*

Ora, destinando-se as obras ao edifício da sede da Comboios do Império Lusitano, S.A., pode questionar-se se esta empreitada diz ou não “directa e principalmente respeito” à sua actividade no sector (“especial”) do transporte ferroviário. Sem ignorar as divergências doutrinárias que se têm suscitado a este respeito, entende-se que sim, por se considerar que o edifício da sede é imprescindível para a realização da actividade regular da Comboios do Império Lusitano, S.A. (e por, de resto, não se saber se esta entidade se dedica ou não a qualquer outra actividade fora do sector dos transportes). **(2 valores)**

2. Pronuncie-se sobre a adequação do procedimento pré-contratual escolhido pela Comboios do Império Lusitano, S.A. e a validade do prazo fixado para a apresentação das propostas. **(5 valores)**

O concurso público urgente, regulado nos artigos 155.º e seguintes do CCP, não pode ser utilizado, nos termos deste Código, para a celebração de contratos de empreitada, nos termos do artigo 155.º, **(1 valor)** *embora sucessivos diplomas avulsos – os Decretos-Leis de execução orçamental o tenham vindo permitir ao longo dos anos e o Anteprojecto de revisão do CCP passe a permiti-lo também (não exigível à luz da grelha de correcção, mas passível de valorização caso o aluno o referisse).*

Por outro lado, mesmo que este procedimento pudesse ser utilizado para a celebração deste tipo de contratos, nunca seria para contratos no valor de € 6.000.000, como resulta do disposto no mesmo artigo 155.º/a); pelo que, mesmo sem discutir se os trabalhos objecto do contrato seriam ou não “de uso corrente” para a entidade adjudicante, o valor do contrato impedia, por si só, a escolha deste procedimento. **(1 valor)** *De resto, para a celebração de contratos com os valores permitidos pelo artigo 155.º/a (ou, é o mesmo, pelo artigo 20.º, para o qual aquele preceito remete), as entidades dos “sectores especiais” nem sequer estão sujeitas ao CCP, já que só o estão, em regra, para a celebração de contratos de valor superior aos limiares comunitários [artigo 11.º/1/b)] (não exigível à luz da grelha de correcção, mas passível de valorização caso o aluno o referisse)*

Assim, sendo o concurso urgente inaplicável neste caso, por força quer do tipo quer do valor do contrato (e, em decorrência deste último, do tipo de entidade adjudicante ou da actividade, já que as entidades dos “sectores especiais” não estão sujeitas ao CCP para contratos de empreitada de valor inferior aos limiares comunitários), para a celebração de contratos de empreitada de obras públicas no valor de € 6.000.000 seria necessária a adopção de um concurso público (ou limitado) com publicidade internacional, como resulta do artigo 19.º/b) do CCP. **(1 valor)**

No que respeita ao prazo de 15 dias para a apresentação das propostas, ele seria admissível, em abstracto, num concurso público urgente (que só estabelece um prazo mínimo de 24 horas), **(1 valor)** *embora seja algo anómala a aproximação do limite mínimo de 20 dias – que podem até ser reduzidos a 9, no caso de “manifesta simplicidade dos trabalhos” – fixado no âmbito de um concurso público*

“normal” (não urgente) (não exigível à luz da grelha de correcção, mas passível de valorização caso o aluno o referisse).

No entanto, como o concurso público urgente não podia ser aqui adoptado, como se referiu, sendo necessário um concurso público ou limitado com publicidade internacional, teria de ser aplicado o prazo de 47 dias previsto no artigo 136.º/1 do CCP. O prazo de 15 dias fixado pela Comboios de Portugal não respeita este prazo (nem sequer o de 20 dias aplicável aos concursos com publicidade meramente nacional, que aqui foi seguida, ainda que incorrectamente), pelo que é ilegal. *(1 valor)*

[Resposta alternativa, igualmente atendível para efeitos desta questão relativa ao prazo: uma vez que se está perante um contrato celebrado por uma entidade dos “sectores especiais”, o prazo de 15 dias apenas seria possível se (i) tivesse sido publicado um anúncio de pré-informação ou um anúncio periódico indicativo, nos termos previstos no artigo 136.º/2 do CCP, e se (ii) esses anúncios tivessem sido preparados e enviados por meios electrónicos, conforme previsto no artigo 136.º/3: reunidas estas duas condições cumulativas, poderia o prazo de 22 dias estabelecido na primeira disposição ser reduzido “em até sete dias” nos termos da segunda, o que perfaria os 15 dias fixados pela Comboios do Império Lusitano, S.A. (cf. artigo 136.º/4 do CCP).]

3. Pronuncie-se sobre o relatório final do júri, abordando, especificamente, cada um dos seguintes problemas:

a) A admissão da proposta de A **(2 valores)**;

O artigo 146.º/1/a) dispõe expressamente que devem ser excluídas as propostas apresentadas fora de prazo – o que, de resto, se compreende, em função dos princípios da segurança jurídica e da igualdade. Esta norma é imperativa para o júri e para a entidade adjudicante, do mesmo modo que o prazo de apresentação das propostas o é para os concorrentes.

Quando muito, poderia discutir-se a aplicabilidade, in casu, da figura do “justo impedimento” (nomeadamente, por força de alguma perturbação no funcionamento da plataforma electrónica, no momento da submissão da proposta). (não exigível à luz da grelha de correcção, mas passível de valorização caso o aluno o referisse) Mas não só isso não foi invocado como, pelo contrário, o júri decidiu admitir a proposta de “A” com base nos seus atributos, o que é ilegal: se, depois da sua *análise*, se conclui que a proposta deveria ter sido excluída, a mesma não pode ser *avaliada*, para efeitos de adjudicação, tornando-se irrelevante saber se, *caso a proposta pudesse ser admitida*, seria ou não a “mais vantajosa” para a entidade adjudicante. **(2 valores)**

b) A admissão da proposta de B **(4 valores)**;

A argumentação de “C” quanto à proposta de “B” faz apelo ao impedimento previsto no artigo 55.º/j) do CCP – e que, a verificar-se, constitui causa de exclusão da proposta do concorrente impedido, nos termos do artigo 146.º/2/c) –, que proíbe a participação no

procedimento pré-contratual das entidades que “[t]enham, a qualquer título, prestado, directa ou indirectamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência”. **(1 valor)**

Resulta do caso que, efectivamente, “B” colaborou com a entidade adjudicante, já que, mesmo não tendo elaborado directamente as peças, produziu estudos que foram incorporados ou tidos em conta na elaboração do caderno de encargos, auxiliando a entidade adjudicante a saber (i) que trabalhos deveriam ser efectuados e (ii) qual o seu preço.

É discutível, no entanto, se este tipo de “colaboração” conferiu a “B” alguma “vantagem que falseie as condições normais de concorrência”, já que não parece ter-lhe dado qualquer informação adicional de que os outros concorrentes não dispusessem (os trabalhos a executar constavam do caderno de encargos, disponibilizado a todos) e a fixação do preço também não foi feita de modo a favorecer especialmente “B” – note-se que “A” terá apresentado um preço idêntico, o que indicia tratar-se de um preço corrente de mercado ou, pelo menos, um preço realista e exequível. **(2 valores)**

Claro que a “colaboração” de “B” com a entidade adjudicante representará sempre uma “vantagem”, quanto mais não seja por dar conhecimento antecipado a este concorrente de que iria ser lançado um procedimento para a contratação daquela empreitada e permitir-lhe começar desde logo a preparar a sua proposta. No entanto, este tipo de “vantagem” verifica-se, por definição, em qualquer “colaboração” com a entidade adjudicante na fase preparatória do procedimento, pelo que não pode ser esta, por si só, a determinar a exclusão da proposta. Na verdade, não só a jurisprudência do TJUE se tem pronunciado contra o estabelecimento de causas “automáticas” de exclusão – o que, aliás, conduziu a que o legislador Português, em 2012, tivesse alterado a redacção da alínea j) do artigo 55.º do CCP, acrescentando-lhe justamente o segmento final “(...) que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência”, para permitir ao concorrente exercer o seu contraditório e demonstrar que essa vantagem não se verificou. **(1 valor)**

c) A solução encontrada pelo júri para “desempatar” o concurso **(4 valores)**.

Nos termos da lei, a adopção do “preço mais baixo” como critério de adjudicação só é permitida quando o preço é o único aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos (cf. artigo 74.º/2 do CCP). Assim, o preço constituía o único factor a densificar o critério de adjudicação e, conseqüentemente, o único atributo das propostas (cf. artigos 56.º/2 e 75.º/1 do CCP), não podendo as propostas ser “comparadas” com base em qualquer outro elemento ou critério. **(1 valor)**

O que, desde logo, suscita a questão de saber se “A”, ao propor um prazo de execução diferente, não deveria ter sido excluída por esse motivo – admite-se que não, caso o “prazo de execução do contrato” apenas viesse definido no caderno de encargos como limite máximo, mas não como período temporal determinado. (não exigível à luz da grelha de correcção, mas passível de valorização caso o aluno o referisse) De todo o modo, como resulta do acima exposto,

as propostas não podem ser avaliadas senão quanto aos seus atributos, pelo que “A” nunca poderia ser beneficiado, em termos de valorização ou de desempate para efeitos de adjudicação, com base no seu melhor desempenho num aspecto que não estava sujeito à concorrência.

É certo que a adopção do critério do “mais baixo preço” potencia a verificação de empates, pelo que cumpre saber como solucionar o impasse. Do caso não resulta que as próprias peças previssem um critério de desempate (pelo menos, o júri não faz apelo a qualquer disposição específica das peças procedimentais), pelo que o desempate não poderia ser feito através de um critério *ad hoc*, criado pelo próprio júri e não previamente comunicado aos concorrentes. De notar que o critério de que o júri se socorre nem sequer é o do artigo 160.º/2 do CCP, já que este critério consiste no momento da apresentação das propostas, ao passo que o júri invocou, sim, o prazo de execução do contrato. **(1 valor)**

Assim, a solução *in casu* passaria por aplicar o critério do artigo 160.º/2 do CCP, que resulta expressamente da lei e que é directamente aplicável ao concurso público urgente – procedimento que, ainda que de forma ilegal, foi adoptado pela entidade adjudicante –, o que, tudo o indica, determinaria a adjudicação a “B” (pois a proposta da “A”, tendo até sido apresentada fora de prazo, foi seguramente apresentada depois da proposta de “B”). **(2 valores)**

Se estivéssemos perante outro procedimento que não o concurso público urgente, e uma vez que a doutrina tem rejeitado a aplicação, por analogia, do critério de desempate previsto no artigo 160.º/2 em quaisquer outros procedimentos), poderia porventura equacionar-se a realização de um sorteio, conforme tem sido defendido pela doutrina, com inspiração no mecanismo estabelecido na legislação para a atribuição de licenças de farmácias. (não exigível à luz da grelha de correcção, mas passível de valorização caso o aluno o referisse)

Cotação total: 20 (vinte) valores.