

Exame de Direito Administrativo III

15/01/2021

3.º ano – TAN

Regência: Professor Doutor Miguel Assis Raimundo

Duração: 90 minutos

I.

Suponha que...

A “Animação Multimédia LX” – sociedade anónima, participada pelo Município de Lisboa, pela Freguesia de Arroios e pela Associação Nacional de Municípios, e tendo por objecto social a realização de actividades culturais e a gestão de espaços culturais municipais – lançou um concurso limitado por prévia qualificação, com publicidade internacional, para a construção de um pavilhão para a futura realização de espectáculos musicais ao vivo, no valor máximo de € 7.500.000,00.

As peças do concurso estabeleciam que apenas seriam qualificados os dois candidatos com maior capacidade técnica e financeira e que seria adjudicada a proposta que apresentasse o mais baixo preço (embora se admitisse a possibilidade de vir a valorizar o concorrente que se comprometesse a concluir o pavilhão num prazo mais curto, de modo a receber o concerto de Verão da banda juvenil “Bué da Fixe”).

Posteriormente, o júri elaborou o relatório preliminar, no qual propunha a adjudicação da proposta da empresa “Sempre A Partir Pedra” (“SAPP”), por considerar que, apesar de esta proposta ser € 1 mais cara do que a outra proposta apresentada – da empresa “Construir é Connosco” (“CEC”) –, essa diferença, irrisória, era mais do que compensada pelo facto de a SAPP prever a construção do pavilhão num prazo mais reduzido e com materiais de qualidade mais elevada. Além disso, a SAPP tinha demonstrado, na fase de qualificação, ter maior capacidade técnica e financeira do que a CEC, a qual, aliás, tinha um “histórico” duvidoso, uma vez que ainda no ano passado tinha incumprido o prazo de entrega de um equipamento à Direção-Geral dos Museus, o que justificava uma avaliação mais desfavorável da sua proposta.

Após a adjudicação, a SAPP apresentou o certificado de registo criminal do Presidente do seu Conselho de Administração, do qual constava que, em 2018, este tinha sido condenado pela prática do crime de burla. Perante isto, a “Animação Multimédia LX”:

- (i) Declarou a caducidade da adjudicação da proposta da SAPP (que discordou, dizendo que “uma coisa não tem nada a ver com a outra”, que “isso já foi há

- dois anos” e que o Presidente já mal vai à empresa, sendo as decisões do dia-a-dia, na prática, tomadas pelo Vice-Presidente, que não tem cadastro); e
- (ii) Propôs a adjudicação da proposta da CEC – que recusou, por ter ficado ofendida com a posição (“absolutamente ofensiva”) tomada pelo júri no relatório preliminar e por, além do mais, já terem decorrido 90 dias desde o termo do prazo de apresentação das propostas.

E responda às seguintes questões, que são independentes entre si:

- a) A celebração do contrato estava sujeita ao Código dos Contratos Públicos? A resposta seria a mesma se o contrato devesse ser executado pela Câmara Municipal de Lisboa? Justifique. **(2 valores)**

– A “Animação Multimédia LX” é uma sociedade privada cujo capital é detido conjuntamente (não se diz em que proporção) pelo Município de Lisboa, pela Freguesia de Arroios e pela Associação Nacional de Municípios, encontrando-se sujeita a influência dominante pública, sendo, por isso, um “organismo de direito público” – no pressuposto de que não suporta o risco da sua própria actividade e, portanto, exerce uma actividade sem natureza industrial ou comercial, nos termos do artigo 2.º/2 do CCP. O âmbito subjectivo de aplicação da Parte II do CCP encontra-se, assim, preenchido.

Quanto ao âmbito objectivo, o mesmo também está preenchido, porquanto o contrato de empreitada de obras públicas é um contrato cujo objecto integra prestações passíveis de serem submetidas à concorrência de mercado (artigo 5.º/1 do CCP), até pela presunção estabelecida no artigo 16.º, alínea a) do CCP.

A Parte II do CCP é assim aplicável à celebração deste contrato, a menos que houvesse alguma causa de afastamento da aplicação do CCP, o que aqui não se vislumbra.

– Não parece que a adjudicação à Câmara Municipal de Lisboa pudesse afastar o CCP: a pergunta parece fazer apelo à figura da contratação “in house” invertida, mas dos dados do caso não resulta, desde logo, que haja uma relação de “controlo análogo”, o que afasta o disposto no artigo 5.º-A do CCP. (Questão diferente poderia ser se a adjudicação fosse a um agrupamento constituído pelo Município de Lisboa, pela Freguesia de Arroios e pela Associação Nacional de Municípios, que detêm a totalidade do capital da entidade adjudicante e que, nessa medida, poderiam exercer sobre ela um “controlo análogo” conjunto).

- b) As peças do concurso limitado promovido pela “Animação Multimédia LX” eram válidas? Em caso contrário, que ilegalidade(s) é possível apontar-lhe(s)? **(2 valores)**

– A qualificação é feita através do modelo de selecção (por pressupor uma ordenação de candidaturas em função da maior capacidade técnica e financeira), o que significa que o programa não poderia prever, “ab initio”, que só seriam qualificados dois candidatos, pois a lei estabelece um mínimo de cinco: artigos 164.º/1, alínea m), subalínea ii), e 181.º/3 do CCP.

– Por outro lado, se o critério de adjudicação é o do mais baixo preço, então o preço tinha de ser o único aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos [artigo 74.º/1, alínea b) e 3 do CCP], o que não é compatível com a referência à possibilidade de “valorização” da proposta que apresentasse um prazo de execução mais curto.

- c) Comente o relatório preliminar do júri. **(4 valores)**

– O projecto de decisão constante do relatório preliminar elaborado pelo júri era contrário à lei em diversos aspectos:

(i) Em primeiro lugar, se o critério de adjudicação era o do preço mais baixo, não poderia o júri propor a adjudicação de uma proposta mais cara;

Na verdade, o critério do preço é puramente matemático e não se compadece com valorações como as de saber de a diferença para as demais propostas é muito elevada ou muito reduzida: no limite, uma diferença de € 0,01 pode ser suficiente para determinada proposta ser adjudicada, não estando o júri autorizado a desconsiderar essa diferença em nome de quaisquer outros interesses a prosseguir. Não sendo o critério adoptado um critério multi-factor, não há “compensação” possível para a desvantagem de uma proposta no preço, que é o único atributo;

(ii) Ao fazer intervir na avaliação das propostas outros factores além do preço, o júri está assim a violar o critério de adjudicação previsto nas peças. Sendo que, se a alusão ao prazo de execução até parece ter alguma correspondência com o que estava previsto no programa [ainda que ilegalmente, pelo que se referiu na alínea b)], o mesmo não sucede quanto à referência à maior qualidade dos materiais, que não era um aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos.

(iii) Adicionalmente, era também irrelevante o facto de a SAPP ter demonstrado, na fase de qualificação, ter maior capacidade técnica e financeira do que a CEC, já que, mesmo quando é adoptado o modelo de selecção, os candidatos qualificados

passam à fase seguinte em condições de igualdade (artigo 187.º/5 do CCP), nunca sendo a capacidade técnica ou financeira dos candidatos um elemento relevante para a avaliação das propostas.

(iv) Por fim, a referência ao “histórico” duvidoso da CEC, relativamente a um anterior incumprimento contratual seu, também improcede. O júri parece ter em vista o impedimento da “bad past performance”, prevista no artigo 55.º/1, alínea l) do CCP; ora, mesmo admitindo que os incumprimentos contratuais anteriores são relevantes mesmo quando o contrato incumprido pelo concorrente é de tipo diferente daquele que está sob disputa no procedimento, e quando a entidade adjudicante lesada é diferente (como é aqui o caso, discutindo-se se o incumprimento de um contrato de fornecimento de bens móveis perante a Direção-Geral dos Museus pode ser atendível na celebração de um contrato de empreitada de obras públicas com outra entidade), essa relevância opera ao nível dos impedimentos – para efeitos de eventual exclusão da proposta –, mas não ao nível da sua avaliação, nunca podendo ser invocado como fundamento para atribuir uma pontuação mais baixa. De resto, o artigo 75.º/2 do CCP veda a utilização, no critério de adjudicação, de elementos de facto relativos aos concorrentes.

d) Comente os desenvolvimentos ocorridos no procedimento após a adjudicação. (2 valores)

– Após a adjudicação, o adjudicatário tem de apresentar, entre outros documentos de habilitação, os documentos comprovativos de que não se encontra em qualquer das situações previstas no artigo 55.º/1, alínea b) do CCP [conforme o artigo 81.º/1, alínea b) do mesmo Código]. Ora, a burla é um crime que lesa a “honorabilidade profissional” da SAPP, pelo que este concorrente estava impedido e, em rigor, a sua candidatura deveria ter sido excluída, não chegando, sequer, à fase de apresentação das propostas [artigo 184.º/2, alínea c) do CCP]. De todo o modo, tendo a sua proposta sido adjudicada, deverá a entidade adjudicante declarar a caducidade da adjudicação, sendo irrelevantes e improcedentes os argumentos da SAPP em sentido contrário.

– A adjudicação à proposta ordenada em segundo lugar corresponde à previsão do artigo 86.º/4 do CCP, pelo que a “Animação Multimédia LX” actuou correctamente.

No entanto, se já decorreram 90 dias após o termo do prazo de apresentação das propostas, a CEC tem razão, não estando obrigada a aceitar a adjudicação, uma vez que o artigo 76.º/2 do CCP permite ao concorrente recusar a adjudicação que

lhe seja notificada já após expirado o prazo de manutenção das propostas, o qual em princípio (e salvo disposição diversa no programa do procedimento, que aqui não parece ter existido), é de 66 dias (artigo 65.º do CCP). Nesta linha, assumindo que os 90 dias a que o caso se refere são úteis, já teria expirado o prazo de manutenção das propostas (que também se conta em dias úteis, por força do disposto no artigo 470.º/1 do CCP).

II

Responda a **duas e apenas duas** seguintes questões, de forma sucinta, mas fundamentada (e indicando sempre, quando aplicável, as bases legais em que se baseia):

- a) A celebração de um contrato de concessão de exploração de um bem do domínio público está sujeita à Parte II do Código dos Contratos Públicos? **(2 valores)**

– Caso se enquadre esse como um contrato “similar” ao arrendamento de bens imóveis [artigo 4.º/2, alínea c) do CCP], a resposta será negativa, podendo, nesse caso, discutir-se se e em que medida o regime do CCP, mesmo sem se aplicar directamente, pode aplicar-se como regime subsidiário, o que seria, note-se, uma questão diferente. Já se se adoptar o entendimento de que o artigo 4.º/2, alínea c), do CCP diz respeito essencialmente a contratos do domínio privado, a conclusão poderá ser diferente, embora a doutrina também sublinhe que a aplicação da Parte II do CCP poderá não ser compatível com o concreto circunstancialismo ou regime da concessão de exploração do domínio público, caso em que ainda poderá haver exclusão, mas agora por força da norma geral do artigo 5.º/1 do CCP.

- b) Que procedimento(s) pode(m)/deve(m) ser adoptado(s) para a celebração de um contrato de sociedade? **(2 valores)**

– Nos termos do artigo 31.º/1 do CCP, para a celebração de contratos de sociedade, podem adoptar-se, em alternativa, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento de negociação ou o diálogo concorrencial.

É ainda possível adoptar o ajuste directo, quando razões de interesse público relevante o justifiquem (artigo 31.º/3), sem prejuízo da adopção do ajuste directo por critérios materiais ou das parcerias para a inovação, quando estiverem preenchidos os requisitos, respectivamente, dos artigos 24.º e 30.º-A do CCP, por força da remissão da primeira parte do artigo 31.º/1 do CCP.

- c) Pode uma entidade adjudicante proferir uma decisão de não adjudicação num procedimento pré-contratual com fundamento na falta de recursos financeiros? (2 valores)

– As causas de não adjudicação vêm previstas no artigo 79.º/1 do CCP, não se prevendo explicitamente a não adjudicação por motivos de insuficiência financeira em nenhuma dessas alíneas. Pode, no entanto, discutir-se se alguns casos de privação inesperada e abrupta de recursos assumidamente essenciais ao projecto (pode pensar-se na privação de acesso a financiamentos avultados por fundos públicos), ou de superveniência de situações excepcionais que obriguem a novas prioridades na afectação de recursos orçamentais escassos (pense-se no contexto da actual pandemia) não podem chegar a perturbar os pressupostos da decisão de contratar [alínea d)], ou, com menor relevância, exigir alterações às peças [alínea c)].

Deve referir-se, ainda, que é discutido na doutrina se o elenco do artigo 79.º/1 é taxativo ou exemplificativo, sendo que, caso se perfilhe este segundo entendimento, será mais fácil, porventura, admitir uma decisão de não adjudicação com base em tais fundamentos.

III

Desenvolva **um e apenas um** dos dois seguintes temas:

- A) Invalidade própria vs. invalidade derivada dos contratos administrativos (6 valores);

– Análise crítica, fundamentada e conjugada dos regimes dos artigos 283.º a 285.º do CCP.

- B) Modificação unilateral do contrato, *fait du prince* e alteração das circunstâncias (6 valores).

– Análise crítica, fundamentada e conjugada dos regimes dos artigos 307.º/2, alínea b), 311.º/2, 312.º a 315.º do CCP.