

Exame de Direito Administrativo III

16 de Abril de 2021 – 3.º ano – TAN – época de coincidências de recurso

Regência: Professor Doutor Miguel Assis Raimundo

Duração: 90 minutos

I (8 valores)

A Câmara Municipal do Tarro (CMT) lançou concurso público para a celebração de contrato de empreitada de requalificação do parque urbano mais importante do concelho. O preço base estabelecido foi de 3.000.000€ e o procedimento escolhido foi o concurso público, com publicação de anúncio no *Diário da República*, tendo sido prevista a existência de uma fase de negociação das propostas.

Aos concorrentes era exigida a construção de uma ciclovia, cujo piso, de acordo com o caderno de encargos, teria de ser da marca “Free Cycle”, já utilizada em outras ciclovias do Município.

Ao concurso apresentaram-se apenas dois concorrentes. O júri do concurso, verificando que ambas as propostas tinham obrigatoriamente de ser excluídas – a do concorrente “A”, por propor um piso para a ciclovia que não era da marca exigida pelo caderno de encargos; e a do concorrente “B”, por propor um preço 500.000€ acima do preço base –, elaborou relatório final com essas duas propostas de exclusão.

A Câmara Municipal aceita as propostas de exclusão, pondo fim ao procedimento, e decide abrir novo procedimento, por ajuste directo, com preço base de 3.500.000€, convidando o concorrente “B” a apresentar proposta.

Responda às seguintes questões, independentes entre si:

- a) O procedimento utilizado foi o correcto? Poderia ter sido prevista uma fase de negociação? (2 valores)

Tratando-se de uma empreitada de obras públicas, poderia ter sido adoptado o procedimento de concurso público, sendo certo que, como o preço base (de 3.000.000€) era inferior aos limiares europeus [v. artigo 474.º, n.º 3, alínea a), do CCP, na sua actual redacção], nem sequer teria sido necessário publicar o anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*, podendo o concurso ter publicidade meramente nacional, com anúncio

publicado no *Diário da República* [nos termos do artigo 19.º, alínea *b*) do CCP].

Quanto à fase de negociação, era a mesma admissível, por força do disposto no artigo 149.º, n.º 1, alínea *b*) do CCP.

b) Aprecie a conduta do júri do concurso. (4 valores)

Do ponto de vista substancial, a actuação do júri parece correcta, uma vez que, à luz das informações constantes do caso prático, ambas as propostas apresentadas no concurso incorriam, efectivamente, em causas de exclusão:

- (i) a proposta apresentada pelo concorrente A, por violação de um aspecto do contrato a celebrar não submetido à concorrência pelo caderno de encargos [v. artigo 70.º, n.º 2, alínea *b*) do CCP];**
- (ii) a proposta apresentada pelo concorrente B, por seu turno, por apresentar um preço acima do preço base [que corresponde à causa de exclusão prevista no artigo 70.º, n.º 2, alínea *d*) do CCP e que, mesmo que esta alínea não existisse, sempre se reconduziria à causa prevista na primeira parte da alínea *b*) do mesmo preceito, assumindo que o preço seria aqui um atributo, correspondendo a um factor do critério de adjudicação].**

Do ponto de vista formal, porém, o júri não procedeu correctamente, uma vez que a lei impõe sempre a elaboração de um relatório preliminar e a sua submissão ao contraditório dos concorrentes, para efeitos de audiência prévia (v. artigo 148.º do CCP), o que aqui não foi respeitado. Por mais evidentes que se lhe afigurem as causas de exclusão detectadas, o júri nunca pode negar aos concorrentes a oportunidade de se pronunciarem sobre o seu projecto de decisão; sendo de sublinhar que, no caso, o concorrente A teria pelo menos um argumento passível de ser invocado em defesa da falta de verificação da causa de exclusão em que o júri se baseou – o da ilegalidade da especificação do caderno de encargos que teria sido violado pela sua proposta, na medida em que a mesma poderia considerar-se violadora do disposto no artigo 49.º, números 4, 8 e 9, do CCP, sendo que a lei impõe que o concorrente seja admitido a demonstrar que a sua proposta oferece um desempenho equivalente (n.º 10).

- c) Aprecie a validade da decisão da Câmara de iniciar procedimento de ajuste directo. (2 valores)

Uma vez que o ajuste directo, claramente, não poderia ter sido adoptado em função do critério do valor – por exceder em muito o limite previsto no artigo 19.º, alínea *d*) do CCP –, o mesmo só poderia ter sido adoptado em função de um critério material, pois só esse permite a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, por ajuste directo, independentemente do valor do contrato a celebrar (artigo 23.º do CCP).

Embora o caso não indique qual o critério material concretamente invocado pela entidade adjudicante, parece que a mesma pretendeu prevalecer-se do critério previsto no artigo 24.º, n.º 1, alínea *b*) do CCP, nos termos do qual pode ser adoptado o ajuste directo quando, “[*e*]m anterior concurso público, (...) todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas”, o que corresponde à situação descrita na hipótese prática.

Parece não haver problema quando ao facto de a entidade adjudicante apenas pretender convidar B, já que o ajuste directo actualmente se caracteriza por apenas prever o convite a uma única entidade e por o valor do contrato a celebrar não ser superior aos limiares europeus (ou seja, não se está perante a situação prevista no artigo 24.º, n.º 3 do CCP).

No entanto, verifica-se que a entidade adjudicante alterou o preço base (no concurso, era de 3.000.000€, enquanto no ajuste directo passou para 3.500.000€), o que configura uma modificação substancial do caderno de encargos – por alterar um parâmetro base –, sendo o ajuste directo, portanto, inadmissível nos termos em que foi adoptado, por força do disposto no artigo 24.º, n.º 9 do CCP, em conjugação com a parte final da alínea *b*) do n.º 1 do mesmo preceito legal.

II (6 valores)

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) Em que circunstâncias prevê a lei a divisão em lotes e quais os fundamentos que permitem à entidade adjudicante não proceder a essa divisão? (3 valores)

A lei prevê a divisão em lotes na formação de contratos públicos de aquisição

ou locação de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a 135.000€, e empreitadas de obras públicas de valor superior a 500.000€ (artigo 46.º-A, n.º 2 do CCP).

A entidade adjudicante pode legitimamente decidir não proceder a essa divisão, designadamente, quando (i) as prestações a abranger pelo respectivo objecto forem técnica ou funcionalmente incidíveis ou, não o sendo, a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante, ou (ii) por motivos de urgência ou por imperativos técnicos ou funcionais, a gestão de um único contrato se revele mais eficiente para a entidade adjudicante [artigo 46.º-A, n.º 2, alíneas a) e b) do CCP].

- b) **Pode uma entidade adjudicante excluir uma proposta em virtude de considerar que o respectivo preço é insuficiente para cobrir os custos do contrato, mesmo que não tenha fixado nas peças do procedimento um limiar abaixo do qual o preço seria considerado anormalmente baixo? (3 valores)**

Apesar de algumas dúvidas que têm sido afirmadas a partir do artigo 71.º, n.º 1 do CCP, uma entidade adjudicante pode pedir esclarecimentos aos concorrentes (e, a final, excluir as suas propostas) no caso de considerar que o respectivo preço é “anormalmente baixo”, mesmo que as peças procedimentais não definam ab initio um limiar para esse preço anormalmente baixo (v. artigo 71.º, n.º 3 do CCP).

À partida, uma proposta com preço abaixo de custo será uma proposta com preço anormalmente baixo e que deverá ser excluída [v., em especial, os artigos 1.º-A, n.º 1, e 71.º, n.º 4, alínea g) do CCP].

- c) **Que formalidades têm de ser seguidas após a adjudicação, com vista à celebração do contrato, e quais as consequências da inobservância de algum dos trâmites previstos? (3 valores)**

Esquemáticamente:

- (i) Apresentação dos documentos de habilitação (artigos 81.º e seguintes do CCP);**
- (ii) Prestação de caução, se a ela houver lugar (ou seja, se o valor do contrato a celebrar for superior a 200.000€: v. artigos 88.º e seguintes do CCP);**

- (iii) **Confirmação dos compromissos assumidos por terceiras entidades relativamente aos atributos ou termos e condições da proposta adjudicada, se tiver sido o caso (v. artigo 92.º do CCP);**
- (iv) **Comparência do adjudicatário não comparecer no dia, hora e local fixados para a outorga do contrato ou falta de remessa atempada à entidade adjudicante, pelo adjudicatário, do contrato assinado electronicamente [artigo 105.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*) do CCP];**
- (v) **Caso o adjudicatário seja um agrupamento, falta de associação de todos os seus membros, antes da outorga do contrato, na modalidade prevista nas peças do procedimento [artigos 54.º, n.º 4 e 105.º, n.º 1, alínea *c*) do CCP].**

Caso alguma destas formalidades não seja cumprida, por facto imputável ao adjudicatário, a entidade adjudicante poderá declarar a caducidade da adjudicação [v. artigos 86.º, n.º 3, 91.º, n.º 1, 93.º, n.º 1 e 105.º, n.º 1, alíneas *a*), *b*) e *c*) do CCP], com obrigação de adjudicar a proposta que tenha ficado ordenada no lugar subsequente (v. artigos 86.º, n.º 4, 91.º, n.º 2, 93.º, n.º 2 e 105.º, n.º 2 do CCP). Se a mesma já tiver sido prestada, poderá haver lugar à perda da caução (artigo 105.º, n.º 2 do CCP), podendo alguns dos factos que determinam a caducidade da adjudicação dar origem à instauração de um procedimento contra-ordenacional [v. artigos 456.º, alínea *b*) e 457.º, alíneas *a*) a *d*) do CCP].

III (6 valores)

Comente, de forma desenvolvida, **uma e apenas uma** das seguintes afirmações:

- A) Após várias controvérsias no passado, é hoje pacífico que uma entidade adjudicante pode avaliar a experiência dos recursos humanos dos concorrentes, sem violar quaisquer princípios da contratação pública;

– Abordar a solução actualmente consagrada no artigo 75.º, n.º 2, alínea *b*) (e n.º 6) do CCP, desenvolvendo os termos da discussão mantida na sequência dos Acórdãos *Lianakis* e *Ambisig* e a evolução registada no Direito europeu. A ausência de confusão entre a avaliação dos operadores económicos enquanto tais e a possibilidade de avaliação dos recursos humanos dos concorrentes desde que isso seja relevante e esteja ligado ao objecto do contrato.

B) Embora o contrato administrativo possa ser modificado durante a sua execução, a lei é muito restritiva na forma como admite essa modificação, de modo a salvaguardar o princípio da concorrência.

– Abordar a solução actualmente consagrada no artigo 313.º, n.º 1 do CCP, explicando-a à luz do conflito entre a prossecução do interesse público (que, desde logo, esteve historicamente na origem do surgimento da figura do contrato administrativo, na matriz francesa, enquanto fonte de “prerrogativas exorbitantes” ao contraente público) e a salvaguarda da concorrência subjacente ao procedimento pré-contratual (tensão particularmente evidente em arestos emblemáticos como o *Pressetext*, nomeadamente).