

**Exame de Direito Administrativo III - Coincidência – Época Normal**

**25 de Janeiro de 2022 – 3.º ano – TAN**

**Regência: Professor Doutor Miguel Assis Raimundo**

**Duração: 90 minutos**

**I (9 valores)**

O Município de Gamas lançou, através de anúncio publicado no Diário da República e no *JOUE*, um concurso público tendente à celebração de um contrato de aquisição de serviços de consultoria em matéria de finanças locais. O prazo de apresentação de propostas era de 25 dias, terminando a 26.07.2021.

O Programa do Concurso previa como único factor do critério de adjudicação a qualidade e experiência da equipa apresentada, avaliada de acordo com a seguinte grelha:

Atributos	Classificação
Apresentação do <i>CV</i> dos consultores, com descrição muito detalhada da respectiva experiência	Muito bom
Apresentação do <i>CV</i> dos consultores, com descrição robusta da respectiva experiência	Bom
Apresentação do <i>CV</i> dos consultores, com descrição básica da respectiva experiência	Suficiente

O concorrente A apresentou a sua proposta no dia 29.07.2021, o que levou o júri a propor a exclusão desta proposta no relatório preliminar, invocando a intempestividade da sua apresentação. Em audiência prévia, o concorrente A invoca que a entidade adjudicante havia alterado oficiosamente, em 20.07.2021, o valor da remuneração (devida ao co-contratante) fixado no caderno de encargos, e que este facto obrigou à atribuição de um prazo adicional para a preparação das propostas.

a) Pronuncie-se sobre a validade do critério de adjudicação. **(4 valores)**

A avaliação das propostas com base na experiência da equipa responsável pela execução do contrato é legítima, de acordo com o disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 75.º e no n.º 3 do mesmo artigo.

Segundo o disposto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 74.º, também é legal a adoção de um critério de adjudicação na modalidade monofactor, podendo este fator único corresponder a um aspeto de execução que não possua natureza quantitativa, desde que esteja elaborada uma grelha de avaliação para o efeito – o que é o caso.

Contudo, é discutível a validade do critério de adjudicação em causa, sobretudo tendo em conta que *i)* aparentemente, o simples “modo de descrição” de um documento integrante da proposta não

tem ligação ao objecto do contrato (cfr. n.º 1 do artigo 75.º); e *ii*) a grelha de avaliação utiliza conceitos algo vagos – “básica”, “robusta”, “muito detalhada” –, podendo discutir-se a sua compatibilidade com as exigências de objectividade e clareza, que constituem corolários dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento (artigo 1.º-A, n.º 1).

**b) Pronuncie-se sobre os argumentos invocados pelo concorrente A. (3 valores)**

Observação geral: a exclusão da proposta em análise devia ter como fundamento legal a alínea a) do n.º 2 do artigo 146.º.

Deve discutir-se, em primeiro lugar, se seria possível a alteração introduzida ao caderno de encargos em causa, para o que deve considerar-se, em especial, os regimes dos artigos 50.º, 64.º e 79.º, n.º 1, alínea c), do CCP. Em segundo lugar, deve aferir-se se esta alteração consubstancia uma alteração de “aspectos fundamentais das peças do procedimento”. Sob reserva de o enunciado não fornecer informação sobre o significado da alteração, a resposta deve, em princípio, ser positiva, pois trata-se da alteração da remuneração do co-contratante, o que justificaria a aplicação do disposto no n.º 3 do artigo 64.º *in casu*. Não obstante, quanto à aplicação da estatuição desta norma – que determina a prorrogação do prazo de apresentação das propostas –, é necessário problematizar se está em causa uma norma imediatamente operativa ou, pelo contrário, pressupõe um acto aplicativo por parte da entidade adjudicante, sem o qual o prazo para a apresentação das propostas não poderia ser considerado como automaticamente prorrogado.

**c) Imagine agora que a proposta do concorrente B foi adjudicada, sendo a decisão de adjudicação notificada ontem. Pode o adjudicatário rejeitar a celebração do contrato com o Município? (2 valores)**

Caso o Programa do Concurso não fixe qualquer prazo para a obrigação de manutenção das propostas, aplica-se a regra subsidiária prevista no artigo 65.º: 66 dias contados da data do termo do prazo fixado para a apresentação das propostas. Dado que o referido prazo se mostra ultrapassado, o concorrente pode rejeitar a celebração do contrato com o Município, podendo até exigir uma indemnização a este último (artigo 76.º, n.ºs 2 e 3).

**II (5 valores)**

**Responda a duas e apenas duas seguintes questões, de forma sucinta, mas fundamentada (e indicando sempre, quando aplicável, a base legal que sustenta a resposta):**

- 1) Todos e apenas os tipos contratuais previstos no n.º 2 do artigo 16.º do CCP estão sujeitos ao regime da Parte II do Código? (2,5 valores)

Não: em primeiro lugar, nem todos os contratos que “preenchem” os tipos contratuais previstos no n.º 2 do artigo 16.º do CCP estão sujeitos ao regime da Parte II do código, sobretudo porque o legislador previu expressamente as figuras de “contratos excluídos” e de “contratação excluída”, sobretudo nos artigos 4.º, 5.º, 5.º-A e 6.º-A.

Em segundo lugar, sobretudo em relação às entidades adjudicantes do n.º 1 do artigo 2.º, não é verdade que *apenas* os tipos contratuais previstos no n.º 2 do artigo 16.º do CCP estejam sujeitos ao regime da Parte II do Código. Quaisquer contratos com prestações suscetíveis de estar sujeitas à concorrência, mesmo que não preencham os “tipos” do n.º 2 do artigo 16.º, estão sujeitos à Parte II do CCP, a não ser que sejam excluídos dessa aplicação.

- 2) Serão válidas, à luz do direito nacional e europeu, as alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 54.º-A do CCP, aditadas pela reforma de 2021 deste Código? **(2,5 valores)**

A reforma de 2021 do CCP trouxe consigo, entre outras disposições controversas, a possibilidade de reservar contratos para PME e empresas locais, em procedimentos para a celebração de contratos de valores inferiores aos limiares. À partida, poderia pensar-se que o facto de esta possibilidade apenas se aplicar abaixo dos limiares asseguraria a compatibilidade com o direito europeu, mas a questão continua a colocar-se, de modo mais claro para os casos de contratos inferiores aos limiares que sejam considerados como tendo “interesse transfronteiriço certo”, mas também em geral, à luz dos princípios dos Tratados (mormente o da não discriminação) e, possivelmente, à luz dos próprios princípios constitucionais, nomeadamente o da igualdade.

- 3) É possível participarem no mesmo concurso, como dois concorrentes individuais diferentes, duas entidades que têm entre si uma relação de domínio segundo o Código das Sociedades Comerciais? **(2,5 valores)**

Em regra, sim, uma vez que estão em causa duas pessoas colectivas diferentes, apesar da existência da relação de domínio entre si. Contudo, caso se demonstre que houve, em concreto, um conluio que consubstancie violação do dever de formulação de propostas autónomas e sigilosas (que o Tribunal de Justiça tem afirmado), as propostas destas entidades podem ser excluídas, sendo discutido o fundamento legal dessa exclusão, existindo algumas posições para as quais essa exclusão deve ocorrer nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alínea g), outras aplicando a alínea f) do mesmo preceito, outras ainda convocando outras normas. Em qualquer caso, a exclusão não é automática, deve ser precedida de contraditório e deve cumprir o princípio da proporcionalidade (*v. inter alia*, o Ac. Assitur).

### **III (6 valores)**

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

- 1) Nos contratos abrangidos pela Parte II do CCP, a regra é o recurso a procedimentos pré-contratuais concorrenciais, sendo excepcional a utilização de procedimentos como o ajuste directo e a consulta prévia.

A resposta deve incluir, entre outros, os seguintes pontos de análise ou reflexão:

- Enunciado dos princípios gerais da contratação pública, decorrentes do direito europeu e das opções constitucionais, e do seu reflexo nos critérios de escolha dos procedimentos pré-contratuais
- Referência a determinadas opções normativas – a possibilidade de utilização de procedimentos concorrenciais para contratos de qualquer valor, por oposição à limitação do valor até ao qual se pode utilizar o ajuste directo, nos termos dos artigos 19.º a 21.º; o facto de os fundamentos materiais para a utilização do ajuste directo serem desenhados com pendor restritivo – como sucede, v.g., com a urgência ou a exclusividade [artigo 24.º, n.º 1, alíneas c) e e)] – e compreensão do sentido da afirmação: nos critérios de escolha do procedimento, a concorrência não tem de se justificar, é a restrição da concorrência que tem de se justificar.
- Referência a que, em todo o caso, de que a previsão de procedimentos não concorrenciais obedece a uma conciliação entre diferentes objectivos legítimos presentes no sistema;
- Seria ainda valorizada uma reflexão sobre o modo como a recente revisão de 2021 do CCP (e o regime de medidas especiais) parece(m) ter pretendido alargar o âmbito do recurso a procedimentos não concorrenciais.

- 2) No sistema do CCP, a existência de vícios do procedimento pré-contratual ou do contrato não determina necessariamente a invalidação do contrato.

A resposta deve incluir, entre outros, os seguintes pontos de análise ou reflexão:

- Invalidade consequente e invalidade própria do contrato;
- No caso da invalidade consequente, sentido da referência aos actos em que “assentou” a celebração do contrato (283.º, n.ºs 1 e 2);
- Articulação do regime de invalidade consequente do contrato com o n.º 5 do artigo 163.º do CPA;
- Análise do n.º 4 do artigo 283.º, n.º 4 do artigo 283.º-A e n.º 4 do artigo 285.º como casos de invalidade que não leva à invalidação; menção à tutela ressarcitória em tais casos;
- Problematização da adequação e suficiência deste regime face aos interesses em presença.