

Exame de Direito Administrativo III

Época de coincidências – 23/01/2020

3.º ano – TAN

Regência: Professor Doutor Miguel Assis Raimundo

Duração: 90 minutos

I (6 valores)

Responda, de forma sucinta mas fundamentada, às seguintes questões (2 valores cada questão):

- a) O Banco de Portugal está sujeito à Parte II do Código dos Contratos Públicos para a celebração de um contrato de sociedade?

Não: apesar de o Banco de Portugal ser uma entidade adjudicante [cf. artigo 2.º, n.º 1, alínea f) do CCP] e de a celebração dos contratos de sociedade estar, em regra, submetida à concorrência e sujeita à aplicação da Parte II do Código [cf. artigos 5.º, n.º 1, *a contrario*, e 16.º, n.º 1, alínea f)], o artigo 5.º, n.º 8 do CCP estabelece que o Banco de Portugal (tal como os “organismos de direito público”) só está obrigado a aplicar o Código para a celebração de contratos cujo objecto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços – excluindo, portanto, os contratos de sociedade.

- b) Num concurso público para a celebração de um contrato de prestação de serviços, o programa do procedimento estabelecia que as propostas seriam avaliadas de acordo com os seguintes fatores: preço (50%), prazo (40%) e experiência anterior do concorrente na prestação de serviços similares (10%). Esta disposição concursal seria válida?

No caso, o critério de adjudicação adoptado foi o da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade de “melhor relação qualidade-preço”[cf. artigo

74.º, n.º 1, alínea *a*) do CCP]. De acordo com a informação dada, este critério é densificado por três factores, os quais devem corresponder a aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos [cf. artigos 42.º, n.ºs 3 e 11, e 75.º, n.º 1] e aos quais os concorrentes devem responder, nas suas propostas, através dos atributos (cf. artigo 56.º, n.º 2). Quanto aos coeficientes de ponderação, a entidade adjudicante goza de discricionariedade para os estabelecer, sendo certo que, hoje, tal pode também relevar para efeitos de eventual desempate entre propostas (cf. artigo 74.º, n.º 6).

No entanto, a “experiência anterior do concorrente na prestação de serviços similares” não pode ser utilizada como factor que densifica o critério de adjudicação, porquanto não diz respeito à proposta, mas sim ao proponente – o que não é admissível, nem sequer num concurso limitado por prévia qualificação, muito menos num concurso público. Quando muito, na sequência da jurisprudência *Lianakis* e *Ambisig*, e em conformidade com o que hoje resulta da alínea *b*) do n.º 2 do artigo 75.º, poderia aferir-se da experiência do pessoal afecto à execução do contrato, mas não do concorrente em si (veja-se, neste sentido, o n.º 3 do mesmo artigo 75.º).

- c) Quais as consequências de o adjudicatário não prestar caução no prazo que lhe tiver sido fixado para o efeito?

A caução só é exigível nos contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante e destina-se a garantir a celebração do contrato, bem como o exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que o adjudicatário assume com essa celebração (cf. artigo 88.º, n.º 1 do CCP).

Quando procede à notificação da decisão de adjudicação a todos os concorrentes, a entidade adjudicante notifica também o adjudicatário para (entre outras formalidades) prestar a caução [cf. artigo 77.º, n.º 2, alínea *b*)].

A não prestação tempestiva da caução pelo adjudicatário, por facto que lhe seja imputável, conduz à caducidade da adjudicação (cf. artigo 91.º, n.º 1), devendo o órgão competente para a decisão de contratar adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente (cf. artigo 91.º, n.º 2) e, no caso de se tratar de

um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, comunicar esse facto ao Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (cf. artigo 91.º, n.º 3), até porque a não prestação da caução constitui uma contra-ordenação grave [cf. artigo 457.º alínea a)].

II (6 valores)

Comente, de forma crítica (justificando as razões da sua concordância ou discordância), **uma** das duas seguintes afirmações:

- a) A introdução do procedimento de consulta prévia, na revisão de 2017 do Código dos Contratos Públicos, contribuiu para um aumento da concorrência na contratação pública.

O Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, procedeu ao desdobramento do anterior procedimento de ajuste directo (no qual a entidade adjudicante podia convidar uma ou mais entidades a apresentar proposta) em dois procedimentos autónomos: a consulta prévia (no qual a entidade adjudicante tem de convidar, pelo menos, três entidades) e o ajuste directo (*stricto sensu*, por assim dizer, no qual a entidade adjudicante pode convidar uma única entidade).

O legislador favorece claramente a adopção da consulta prévia em detrimento do ajuste directo, seja porque o primeiro procedimento permite a celebração de contratos de valor superior aos que podem ser celebrados por ajuste directo [cf. as alíneas *c*) e *d*) do n.º 1 dos artigos 19.º e 20.º e as alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 21.º do CCP], seja porque o mesmo deve ser adoptado, inclusivamente, nas situações em que é legalmente possível a adopção do ajuste directo com fundamento em critérios materiais – pelo menos, quando o critério material invocado seja compatível com a consulta a mais do que uma entidade (cf. artigo 27.º-A do CCP). Esta última solução, de resto, foi consagrada na sequência das posições de alguma doutrina e do Tribunal de Contas.

Neste sentido, não há dúvida de que a revisão de 2017 do Código dos Contratos Públicos promoveu o aumento do número de concorrentes nos procedimentos por convite; não obstante, também deve referir-se que, de acordo com alguns autores, isso não significa necessariamente um aumento da concorrência,

porquanto a entidade adjudicante é livre de escolher as entidades que serão convidadas a apresentar proposta e há sempre o risco de práticas concertadas (entre concorrentes ou entre concorrentes e entidade adjudicante), razão pela qual há quem defenda que deveria ser reduzido o limiar acima do qual é obrigatória a adopção de um procedimento por anúncio (*maxime*, o concurso público).

- b) A contratação pública só deve centrar-se na obtenção do negócio economicamente mais vantajoso possível para a entidade adjudicante, não devendo essa função ser desvirtuada pela introdução de quaisquer preocupações de índole extra-financeira, as quais devem ser prosseguidas por outras vias.

A frase aponta para uma visão já ultrapassada da contratação pública.

Actualmente, com a evolução da jurisprudência do TJUE durante décadas e com a última “geração” de Directivas (de 2014), não há dúvidas de que a contratação pública pode ser utilizada para a prossecução de outros objectivos não estritamente economicistas, através da incorporação de políticas ditas “secundárias” ou, melhor dizendo, “horizontais”, como sejam as políticas ambientais ou sociais. A “melhor compra”, portanto, não é apenas a compra mais barata – e, de resto, não só o preço não é necessariamente o único factor que pode densificar o critério de adjudicação como, pelo contrário, a lei prevê outros factores que apelam a tais objectivos “horizontais”: veja-se, em especial, as alíneas *a)* e *d)* do n.º 2 do artigo 75.º do CCP.

Até mesmo a consideração de factores como o custo é hoje feita de modo mais abrangente, englobando os custos com o consumo de energia, com a reciclagem dos bens/serviços ou com externalidades ambientais (cf. artigo 75.º, n.º 7).

Assim, mesmo que não deva perder-se por completo a vertente “financeira” da contratação pública, até por força do dever de boa gestão do erário público e tendo em conta a escassez de recursos, a verdade é que a contratação pública pode (porventura, em alguns casos, deve) ser utilizada para prosseguir outros fins de interesse público a cargo das entidades adjudicantes.

III (8 valores)

O Instituto Português do Mar e da Atmosfera (“IPMA”) lançou um concurso público para a aquisição de um conjunto de satélites destinados a monitorizar as condições atmosféricas.

Tendo em conta o elevado grau de sofisticação e de complexidade do objecto do contrato, o IPMA recorreu a uma das mais conceituadas empresas do ramo, a empresa “A”, para a aconselhar na definição dos requisitos técnicos a que os satélites deveriam obedecer.

Elaborado o caderno de encargos e publicado o anúncio do concurso, apresentaram proposta no procedimento as empresas “A”, “B”, “C” e “D”.

Analisadas as propostas, e depois de ouvidas as observações dos concorrentes sobre o seu primeiro projecto de decisão, o júri deliberou propor:

- (i) A exclusão da proposta da empresa “D”, em virtude de o seu preço ser de apenas € 250.000, isto quando o preço base do concurso era de € 1.000.000;
- (ii) A admissão das demais propostas e, a final, a adjudicação da proposta da empresa “C”, invocando que, apesar de os satélites propostos por esta empresa não cumprirem as especificações técnicas fixadas no caderno de encargos, tudo visto e ponderado, era esta a proposta que se apresentava como globalmente mais vantajosa para o interesse público.

No entanto, o Conselho Directivo do IPMA decide não homologar o relatório do júri e não adjudicar qualquer proposta no concurso, com fundamento na necessidade de alocar verbas à satisfação de outras necessidades e na conseqüente falta de cabimento orçamental para suportar o pagamento do preço do contrato.

Considere as seguintes questões, que são independentes entre si:

- a) Na audiência prévia ao relatório preliminar, a empresa “B” invocou perante o júri que a empresa “A” nem sequer poderia ter participado no concurso, em virtude de ter colaborado com o IPMA na elaboração das peças procedimentais. Teria razão?
(2 valores)

Tenha ou não sido adoptada uma consulta preliminar (cf. artigo 35.º-A do CCP), a verdade é que a empresa “A”, ao ter colaborado na elaboração do

caderno de encargos, em momento anterior ao do lançamento do concurso público, cai sob a previsão da alínea *i*) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP, que constitui um impedimento.

Porém, tal não significa necessariamente que a proposta da empresa “A” devesse ser excluída, tudo estando em saber se a sua colaboração anterior com a entidade adjudicante lhe conferiu ou não uma vantagem que falseou a concorrência – como resulta do segmento final da norma citada, aliás aditado em 2012, em conformidade com a jurisprudência do TJUE.

- b) Aprecie criticamente as actuações do júri e do Conselho Directivo do IPMA. (6 valores)

A pergunta abrange três problemas diferentes:

- (i) Quanto à exclusão da proposta da empresa “D”, tudo estava em saber se esta proposta tinha um “preço anormalmente baixo” – o que, por sua vez, obriga à discussão de saber como aplicar este regime num caso em que as peças do procedimento não definiam de antemão um limiar abaixo do qual um preço seria considerado “anormalmente baixo” (cf. o artigo 71.º, n.º 1 do CCP, na redacção do Decreto-Lei n.º 111-B/2017). Certo é que a exclusão não poderia ter sido decidida sem prévio contraditório do concorrente (cf. artigo 71.º, n.º 3), o que não se sabe se ocorreu, embora possa presumir-se que a empresa “D” terá tido oportunidade de se pronunciar em sede de audiência prévia sobre o relatório preliminar;
- (ii) Independentemente do critério de adjudicação que tenha sido adoptado e dos méritos da proposta da empresa “C”, se os satélites propostos por esta empresa não cumpriam as especificações técnicas fixadas no caderno de encargos, a proposta deveria ter sido excluída, nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alínea *b*) do CCP, não podendo ser admitida e avaliada, nem mesmo sob o pretexto da sua “maior vantagem global”. De resto, se o caderno de encargos define a forma como a entidade adjudicante entende que o interesse público deve ser prosseguido, é contraditório afirmar que a proposta viola o caderno de encargos e, ainda assim, é satisfatória para o interesse público;

(iii) Colocava-se, por fim, a questão de saber se a falta de cabimento orçamental e/ou a alteração das necessidades da entidade adjudicante se poderiam, ou não, reconduzir a qualquer das causas de não adjudicação previstas no artigo 79.º, n.º 1 do CCP, e em especial, a da alínea d); seria de referir o carácter controvertido do tema (em particular, a questão de saber se as alterações de prioridades podem ser consideradas “circunstâncias supervenientes” para efeitos da norma), importando igualmente discutir, por isso mesmo, se o elenco previsto nesta norma é ou não taxativo, tudo isto com o propósito de saber se a decisão de não adjudicação (e de consequente revogação da decisão de contratar: cf. artigo 80.º, n.º 1 do CCP) tomada pelo IPMA, com base nos fundamentos invocados, seria ou não válida.

Em qualquer caso, mesmo que o fosse, o IPMA deveria indemnizar os concorrentes cujas propostas foram admitidas no procedimento.