

EXAME FINAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO III (TURMA B)

12 de Junho de 2020

Regente: Prof. Doutora Maria João Estorninho

Equipa: Prof. Doutora Ana Gouveia Martins/Dr. Miguel Arnaud

TÓPICOS DE CORREÇÃO

1. **O que é o Circular Public Procurement? Dê um exemplo no âmbito do combate à COVID-19. (2 valores)**

Tópicos a abordar: preocupações ambientais na contratação pública; evolução do green public procurement para o circular public procurement (noções e significado); Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável e implicações na contratação pública; exemplo de um contrato com preocupações de sustentabilidade, numa lógica de promoção da economia circular.

2. **Qual o critério clássico de distinção entre empreitada e concessão de obras públicas? (1 valor)**

Modo de remuneração como critério clássico de distinção; comparação entre os dois tipos de contratos no século XIX e na primeira metade do século XX.

3. **O contrato celebrado entre dois municípios, criando uma empresa intermunicipal, sob a forma de sociedade anónima de capitais integralmente públicos, tendo cada um dos municípios 50% das participações sociais, com o objetivo de fomentar, apoiar e promover atividades lúdicas, recreativas e de animação cultural, de uma forma regular e contínua, está submetido ao regime da contratação pública previsto no CCP? (1 valor)**

Estão submetidos ao regime da contratação Pública, previsto na Parte II do CCP, os contratos públicos, *i.e.*, os contratos que sejam celebrados por uma entidade adjudicante (art. 1º, n.º 2). Os municípios são qualificados como entidades adjudicantes (art. 2º, n.º 1, alínea c)).

No que respeita ao elemento objetivo do conceito de contrato público, tratando-se de entidades adjudicantes do setor público tradicional, todos os contratos com objeto susceptível de despertar o interesse da concorrência estão submetidos, em princípio, ao regime da contratação pública (art. 5º, n.º 1 a *contrario sensu*), constando, aliás, o contrato de sociedade do elenco exemplificativo do art. 16º, n.º 2, alínea f).

Todavia, o art. 5º, n.º 4, alínea d) exclui do regime da contratação pública os contratos de sociedade cujo capital seja detido exclusivamente por entidades adjudicantes, aplicando-se apenas o regime da contratação excluída estabelecido art. 5º B/1.

4. A celebração de um contrato de empreitada por uma empresa intermunicipal (sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente municipais e cujo objeto social se prende com a promoção de atividades lúdicas, recreativas e de animação cultural) está submetida ao regime da contratação pública previsto no CCP? (2 valores)

Estão submetidos ao regime da contratação Pública, previsto na Parte II do CCP, os contratos públicos (art. 1º, n.º 2), i.e., os que sejam celebrados por uma entidade adjudicante. Uma EIM não configura uma entidade adjudicante do setor tradicional (2º, n.º 1) mas deve ser qualificada como um organismo de direito público, nos termos do art. 2º, n.º 2, alínea a), uma vez que tem personalidade jurídica de direito privado, prossegue necessidades de interesse geral (o seu objeto social prende-se com a promoção de atividades lúdicas, recreativas e de animação cultural mas de harmonia com a interpretação generosa firmada pelo TJUE cabe no conceito de interesse geral) e não reveste carácter comercial, i.e., o modo como a atividade é desenvolvida não obedece à lógica de mercado – não assume os riscos próprios da atividade na medida em que a sua existência não parece depender dos resultados da sua atividade, não prossequindo sequer um escopo lucrativo – e se verifica, pelo menos, o critério de dependência da alínea iii) por via da nomeação do seus órgãos sociais pelos municípios, únicos acionistas da sociedade.

No que respeita ao elemento objetivo do conceito de contrato público, tratando-se de um organismo de direito público aplica-se a restrição do âmbito aplicativo

prevista no art. 5º, n.º 8. Contudo, tratando-se de um contrato de empreitada está submetido ao regime da contratação pública (art.5º, n.º 8) e não consubstancia nenhum caso de contrato excluído (art. 4º) ou de contratação excluída (art. 5º, art. 5º-A e art. 6ºA).

5. Que procedimento pré-contratual poderá ser adotado (atenda aos critérios de valor e aos critérios materiais) para a celebração de um contrato de empreitada de obras urgentes de reparação e conservação de um edifício municipal cuja cobertura está em risco iminente de ruína, estimando-se que o custo total das obras rondará os 120.000 euros. No caderno de encargos está previsto que a entidade adjudicante fornecerá telhas antigas para a cobertura, de valor estimado de 30.000 euros. (2 valores)

O valor do contrato (art. 17º) corresponde a 150.000 euros, uma vez que no valor do contrato se inclui não só o preço a pagar mas também o valor de quaisquer contraprestações, tais como o valor dos bens colocados ao dispor do adjudicatário (art. 17º, n.º 2 e 3).

Sendo o valor de 150.000 euros, não seria possível adotar o ajuste direto (valor inferior a 30.000 euros – art. 19º d)) nem a consulta prévia, uma vez que a escolha deste procedimento só é admitida para a celebração de contratos de valor inferior a 150.000 euros, tal como resulta do disposto no art. 19º, alínea c) do CCP. Seria, por conseguinte, obrigatória a adoção do concurso público ou limitado, não se revelando, porém, necessária a publicação de anúncio do JOUE (art. 20º, n.º 1, alínea b), conjugado com novo regulamento que fixou novos limiares comunitários – euros 5350.000).

Todavia, admite-se que em função dos critérios materiais se opte pelo ajuste direto ou consulta prévia, preferencialmente (art. 27ºA), para a celebração de um contrato de empreitada sempre que se verifique um dos fundamentos previstos no art. 24º e art. 26º.

Invocando a urgência, a EA está a apelar ao critério previsto no art. 24º, n.º 1, alínea c). Todavia, não basta que se verifique uma situação de urgência, é ainda necessário que a urgência na obra resulte de acontecimentos imprevisíveis, não sendo, por sua vez, o atraso imputável à entidade adjudicante Assim, apenas se o

risco de ruína da cobertura se dever a um evento imprevisível e não à falta atempada da realização de obras de conservação é que seria legítimo lançar mão do ajuste direto com este fundamento.

- 6. Imagine que numa consulta prévia foram convidadas cinco empresas de construção para a celebração de um contrato de empreitada e que o critério de adjudicação fixado foi o da proposta economicamente mais vantajosa, limitando-se a fixar uma ponderação de 50 % para o ‘preço’ e de 50% para a ‘experiência e *curriculum* do concorrente na reabilitação de edifícios históricos’. No caderno de encargos fixou-se como prazo máximo da execução o prazo de 20 meses. O júri, após uma primeira análise das propostas, verificando que algumas propostas propunham um prazo demasiado alargado para executar a obra, decidiu alterar o critério de adjudicação, acrescentando-lhe o fator “prazo de execução”, com uma ponderação de 20% na pontuação global. Pode considerar-se como juridicamente legítimo o critério de adjudicação adotado? (2 valores)**

Tratando-se de uma consulta prévia (art. 112º, n.º 1), não seria necessário um modelo de avaliação das propostas na concretização do critério de adjudicação (115º, n.º 2, b)).

A avaliação do fator ‘experiência dos concorrentes’ é um elemento que respeita não às propostas mas a situações e qualidades dos concorrentes, pelo que não pode constituir um dos fatores de avaliação das propostas (art. 75º, n.º 1, *in fine*) num contrato de empreitada (art. 75º, n.º 3). Só poderiam ser avaliados num procedimento que compreendesse uma fase de qualificação dos candidatos, *maxime*, num concurso limitado. Diversa seria a situação caso estivesse em causa avaliar a experiência da equipa concretamente afeta à celebração do contrato (art. 75º, n.º 2, alínea b)), o que não é manifestamente o caso dada a referência expressa à experiência dos concorrentes.

O júri não é competente para estabelecer o critério de adjudicação, ainda menos no decurso do procedimento. O critério de adjudicação deve estar obrigatoriamente fixado no convite (art. 115º, n.º 2, b)), elaborado pelo órgão competente para a decisão de contratar (art. 40. n.º 2).

De qualquer modo, em caso algum poderia ser alterado o critério de adjudicação na fase de avaliação das propostas e relatório preliminar por tal colidir com o princípio da estabilidade das peças do procedimento após a fase de apresentação das propostas.

- 7. No relatório preliminar, o júri decide excluir a proposta apresentada por um concorrente por este não ter apresentado uma certidão do registo criminal que comprove que não foi condenado por qualquer crime que afete a sua honorabilidade profissional. Quais os meios de reação ao dispor do concorrente preterido e com que fundamentos? (1 valor)**

No relatório preliminar o júri deve propor (não decidir) a exclusão de propostas com os fundamentos previsto no art. 146º, n.º 2 e art. 70º, n.º 2 *ex vi* art. 122º, n.º 2. A condenação por qualquer crime que afete a sua honorabilidade profissional constitui, de facto um impedimento à participação no procedimento (art. 55º, alínea b) e um fundamento de exclusão da proposta (art. 146º, n.º 2, alínea c))

Todavia, a apresentação de certidão do registo criminal que comprove que este não foi condenado por qualquer crime que afete a sua honorabilidade profissional apenas é exigida ao adjudicatário na fase pós-adjudicatória, aquando da sua habilitação (art. 81º, n.º 1, alínea b)) e não na fase de apresentação das propostas (art 57º, n.º 1), pelo que seria manifestamente ilegal a sua exclusão com este fundamento.

O concorrente lesado pode reagir quer em sede de audiência prévia (art. 123º) quer, mais tarde, apresentado uma reclamação da decisão definitiva de exclusão tomada pelo órgão competente para a decisão de contratar, de natureza meramente facultativa (art. 268º do CCP) ou dirigindo-se aos tribunais requerendo a condenação judicial da entidade adjudicante na sua admissão ao procedimento e requerendo a respetiva providência cautelar (admissão provisória).

- 8. Tendo sido adjudicada uma proposta, pode o júri de um concurso público sugerir alterações ao conteúdo da proposta adjudicada, no sentido de se passar a prever a realização de obras de reparação não apenas no telhado mas também na estrutura do edifício em causa? (1 valor)**

O princípio da intangibilidade da proposta que caracteriza os procedimentos concursais conhece alguma flexibilização na fase pós-adjudicação, mais concretamente na fase de aprovação da minuta do contrato, nos termos previstos no art. 99º. Os ajustamentos devem ser propostos pelo órgão competente para a decisão de contratar e não pelo júri.

In casu, o aumento da área da obra, ainda que ditado pelo interesse público, violaria manifestamente aspetos de execução não submetidos à concorrência (art. 99º, n.º 2), além de que envolveria um correlativo aumento do preço, defraudando, assim, o procedimento pré-contratual, pelo que não é permitido um ajustamento com este conteúdo e alcance.

- 9. Imagine que, num procedimento de consulta prévia, a empresa adjudicatária pretende, após ter cumprido todas as formalidades pós-adjudicação a seu cargo, receber a primeira prestação do pagamento na data da outorga do contrato, agendada para o 5º dia após a adjudicação. *Quid iuris?* (1 valor)**

Não é aplicável o prazo de *stand still* previsto no artigo 104.º/1/a) do CCP, por força do disposto na alínea a) do n.º 2 do mesmo preceito legal.

A celebração do contrato deve ser publicitada no portal BASE, por ter sido antecedido de uma consulta prévia (artigo 127.º/1 do CCP). Enquanto não for realizada esta publicitação o contrato é ineficaz, nomeadamente para efeitos de pagamentos (artigo 127.º/3 do CCP).

- 10. Como se repercutem as ilegalidades do procedimento pré-contratual público no contrato que venha a ser celebrado? (2 valores)**

Tópicos a abordar: distinguir casos de invalidade e casos de ineficácia do contrato (art 287º, n.5 a 8); distinguir a invalidade consequente (art 283º) da invalidade própria do contrato (art. 284º)s; Princípio do paralelismo da invalidade (art. 283º, n.º 1); explicar o que são os “atos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração”, a que o n.º 2 do artigo 283º do CCP se refere, e quais os vícios que são causa adequada e suficiente da invalidade consequente do contrato; explicar a exceção do n.º 4 do artigo 283.º e salientar que o afastamento do efeito anulatório implica sempre uma intervenção judicial

e definir os princípios e os critérios que devem ser ponderados; regime de afastamento da ineficácia com base na ponderação de interesses e gravidade da ofensa (art. 287º, n.º 8) e aplicação de sanções alternativas (n.º 7 do art. 287º)

11. Qual o significado do Acórdão Concordia Bus para o Direito Europeu dos Contratos Públicos? Refira alguns reflexos no CCP (2 valores)

Tópicos a abordar: papel da jurisprudência do TJUE no Direito Europeu dos contratos públicos; localização temporal do Ac Concordia Bus; resumo do caso *sub iudice*; princípio da concorrência *versus* considerações ambientais; requisitos; implicações para as Diretivas de 2004.

12. Refira algumas implicações do princípio da imparcialidade na contratação pública. (1 valor)

Tópicos a abordar: Consagração no Artigo 1º-A CCP; significado do princípio da imparcialidade (CRP e CPA); garantias de imparcialidade; conflitos de interesses.

13. Aponte três novidades das Diretivas Europeias de 2014 (1 valor)

Quaisquer três novidades, explicando o seu significado: por exemplo, Diretiva concessões, parcerias para a inovação; limites à modificação dos contratos; gestor do contrato; conflitos de interesses.

14. A empreitada de obras públicas é um contrato substitutivo de ato administrativo? (1 valor)

Noção de contrato substitutivo de aa; distinção em face de contratos de colaboração; a empreitada de obras públicas como contrato de colaboração, tipificado no CCP.