

DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Turma B – 2022/2023 (2.º Semestre)

23 de Junho de 2023

[Tópicos de Correção]

Regente: Pedro Sánchez

Duração da Prova: 90 minutos

I

O Estado Português adoptou um procedimento de negociação para a aquisição de um novo sistema encriptado de comunicações electrónicas entre os seus serviços. O preço base consistiria em 200.000€, sendo a restante remuneração do adjudicatário assegurada através do pagamento de terceiras entidades que também beneficiarão com o sistema a adquirir.

O prazo para a apresentação de candidaturas foi fixado no Programa do Procedimento em 30 dias, não obstante ter a entidade adjudicante recebido várias comunicações de potenciais candidatos que advertiam para a necessidade de um prazo superior para o efeito.

Ao receber as candidaturas, os serviços da entidade adjudicante verificaram que um dos candidatos se encontrava num litígio com o Estado Português por discordâncias acerca da execução de um contrato anterior, pelo que determinaram a sua exclusão.

Tendo a entidade adjudicante dirigido o convite à apresentação de propostas aos candidatos qualificados, incluiu no convite a informação de que o critério de adjudicação seria densificado nos seguintes factores:

- a) Melhor qualidade da proposta (subdividido num conjunto de diversos subfactores que também constavam do convite);
- b) Qualidade da equipa técnica a propor pelo concorrente;
- c) Pontuação obtida na fase de candidatura.

Após a elaboração do primeiro relatório preliminar de análise das propostas, vários concorrentes contestaram diversos aspectos do relatório, fazendo a entidade adjudicante reear um longo litígio judicial. Por isso, decidiu comunicar aos concorrentes que o procedimento concluiria sem qualquer adjudicação.

Para evitar riscos de impugnação dessa decisão, assegurou, contudo, o pagamento dos lucros cessantes a todos os concorrentes que o requeressem em virtude de serem lesados pela decisão.

Responda às seguintes questões:

1) Pronuncie-se sobre o tipo de procedimento seleccionado pelo Estado Português (4 valores).

- *Identificação correcta do tipo de procedimento adoptado;*
- *Tendencial desconfiança do Direito Europeu dos Contratos Públicos para com procedimentos de negociação;*
- *Confirmação da aplicabilidade das Directivas Europeias ao presente caso, em razão do valor do contrato;*
- *Idem: para o efeito, distinção entre os conceitos de valor do contrato e preço base (cfr. artigos 17.º e 47.º do CCP);*
- *Em consequência, consideração da inaplicabilidade de cláusulas que permitem o recurso a negociações, nomeadamente nos artigos 31.º ou 33.º do CCP e, no limite, no próprio artigo 149.º do CCP;*
- *Discussão sobre se o grau de inovação no procedimento justificaria a sua inclusão em alguma das cláusulas previstas no n.º 1 do artigo 29.º do CCP, especialmente em alguma das suas duas primeiras alíneas;*
- *Valorização das referências às Directivas Europeias de Contratos Públicos;*
- ...

2) Pronuncie-se sobre o conteúdo das peças do procedimento referidas no enunciado (Programa do Procedimento e convite (5 valores).

- *Quanto ao prazo de apresentação das candidaturas: o duplo critério de fixação do prazo previsto no artigo 172.º do CCP e no artigo 47.º da Directiva 2014/24, assegurando um duplo respeito pelos limites mínimos quantitativos e uma avaliação adicional da adequação qualitativa do prazo, em respeito pelo princípio da concorrência;*
- *Idem: valorização da discussão sobre se tais limites se aplicarão nos mesmos termos quando está em causa a elaboração de uma candidatura, e não de uma proposta, que pode revestir menor complexidade à luz dos respectivos documentos constitutivos (artigos 63.º vs. 172.º do CCP);*
- *Quanto ao critério de adjudicação: antes do mais, advertir que está em causa um elemento crucial do procedimento, que não pode ser divulgado apenas no convite à apresentação de propostas enviado na segunda fase do procedimento, cabendo já no conteúdo fixado na alínea q) do n.º 1 do artigo 164.º do CCP;*

- *Discutir a possibilidade de o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa não incluir um factor preço ou custo (cfr. n.º 3 do artigo 74.º do CCP);*

- *Confirmar a validade da avaliação de recursos humanos (ao contrário da avaliação do próprio candidato) – cfr. artigo 75.º, n.º 2, alínea b), embora cumprindo então a exigência fixada no n.º 6 do mesmo artigo;*

- *Identificar a ilegalidade da utilização da pontuação obtida na fase da candidatura, amalgamando as duas fases procedimentais e procedendo a uma efectiva avaliação do candidato, e não do concorrente (cfr. n.º 3 do artigo 74.º do CCP).*

- ...

3) *Aprecie a decisão de exclusão de um dos candidatos em virtude de um litígio com o Estado Português (3 valores).*

- *Em primeiro lugar, identificação do erro quanto ao autor da decisão: trata-se de uma proposta do júri que aprecia as candidaturas e propostas (cfr. artigos 69.º, n.º 1, alínea a), 178.º e 184.º), sendo a decisão final tomada pelo órgão competente para a decisão de contratar (n.º 4 do artigo 186.º - todos ex vi artigo 193.º do CCP);*

- *Identificação do potencial fundamento de exclusão por incumprimento de contratos anteriores (alínea l) do n.º 1 do artigo 55.º e artigo 464.º-A do CCP);*

- *Verificação da inaplicabilidade desse fundamento no presente caso;*

- *Idem: princípios da concorrência e igualdade como impeditivos da exclusão por impedimentos não permitidos (ou impostos) por normas europeias e nacionais;*

- *Idem: violação dos princípios da transparência e da tutela da confiança por exclusão não decorrente de norma anterior;*

- ...

4) *Aprecie a decisão de não adjudicação no final do procedimento (3 valores).*

- *Identificação de um dever de adjudicação (artigo 76.º do CCP);*

- *Identificação dos fundamentos decorrentes dos princípios gerais da contratação pública que justificam o dever de adjudicação;*

- *Discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a taxatividade ou não taxatividade das causas de não adjudicação;*
- *Discussão sobre se a existência de graves fundamentos de ilegalidade nas peças do procedimento poderia justificar o recurso à alínea c) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP;*
- *Contudo, nesse caso, identificação das consequências previstas no n.º 3 e no n.º 4 do artigo 79.º do CCP;*
- *Identificação dos equívocos quanto à tutela indemnizatória admitida pela entidade adjudicante;*
- ...

II

Comente a seguinte afirmação (5 valores):

«Os procedimentos de ajuste directo e de consulta prévia são, à luz dos princípios gerais de contratação pública, procedimentos de natureza excepcional.»

- *A identificação do quadro de tipos procedimentais na legislação de contratação pública e a caracterização dos dois procedimentos em causa;*
- *A localização dos procedimentos de ajuste directo e de consulta prévia como únicos dois procedimentos de natureza não concorrencial;*
- *Idem: as razões para a inexistência de verdadeira concorrência também na consulta prévia;*
- *Idem: as evidências dessa insuficiência de concorrência na própria legislação vigente, à luz das medidas de salvaguarda que o legislador sentiu necessidade de adoptar para contrabalançar a falta de abertura ao mercado;*
- *O impacto da falta de concorrência para os princípios gerais de contratação pública;*
- *Porém, delimitação do verdadeiro alcance da frase a comentar: a natureza excepcional dos procedimentos não concorrenciais só pode ser reconhecida de um ponto de vista qualitativo (tendo em conta a dimensão dos procedimentos); sob uma perspectiva quantitativa, os dois referidos procedimentos constituem a grande maioria dos procedimentos adoptados em Portugal, tendo em conta a dimensão do valor do contrato;*

- Neste contexto, identificação da devida ponderação legislativa entre princípios de concorrência e igualdade e objectivos de celeridade e eficiência na realização das compras públicas;
- Valorização do contributo pessoal do aluno;
- ...