

Regência: Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo

I (8 valores)

1. Num concurso público lançado pelo Instituto Público “X” para a realização de trabalhos de manutenção de espaços verdes, o programa do procedimento previa que o critério de adjudicação era o da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade multifactor, sendo relevantes o preço (50%), o prazo de execução (30%) e a experiência anterior dos concorrentes na execução de contratos semelhantes (20%). Em sede de esclarecimentos, o júri clarificou que, neste último subfactor, o que estava em causa era a antiguidade e número de contratos similares executados pelas pessoas que cada concorrente se propunha afetar à prestação destes serviços.

2. Tendo sido apresentadas três propostas no concurso, o júri, no relatório preliminar, propôs a adjudicação da proposta da empresa “A”, tendo a proposta apresentada pela empresa “B” sido ordenada em segundo lugar; já a proposta da empresa “C” foi liminarmente excluída, em virtude de o júri ter considerado que o preço total proposto seria insuficiente para pagar os salários dos trabalhadores. A empresa “C” contestou a sua exclusão, dizendo que, por um lado, não poderia ter sido excluída sem ter sido previamente ouvida e, por outro lado, que, uma vez que as peças do procedimento nada diziam a esse respeito, o júri não poderia levantar suspeitas quanto a preços supostamente reduzidos apresentados pelos concorrentes, até porque cada empresa é livre de decidir se está ou não disposta a ter prejuízo num determinado contrato.

3. Na sequência da adjudicação, a empresa “A” apresentou ao Instituto “X” o certificado de registo criminal dos seus administradores, explicando que, apesar de o presidente do seu conselho de administração ter sido condenado no ano passado pela prática de um crime de corrupção, não haveria nada que rezear quanto a uma eventual repetição das mesmas práticas, já que, depois de ter sido condenado pelo tribunal, aquele administrador se tinha sujeitado a terapia e era hoje um “homem novo”. O Instituto “X” não aceitou estes argumentos e declarou a caducidade da adjudicação à empresa “A”, adjudicando em seguida a proposta da empresa “B”.

Considere as seguintes perguntas, que são independentes entre si, respondendo de forma justificada:

- a) O critério de adjudicação adotado neste procedimento (parágrafo 1.) encontra-se de acordo com a lei? (2 valores)

Tópicos de correcção: A lei prevê que o único critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa (artigo 74.º/1 do CCP), o qual pode revestir a modalidade monofactor ou, como sucede no caso, a modalidade multifactor [artigo 74.º/1, alínea a) do CCP]. Sendo este critério, no caso prático, densificado pelos subfactores do preço (50%), do prazo de execução (30%) e da experiência anterior dos

concorrentes na execução de contratos semelhantes (20%), todos estes (mas só estes) aspectos da execução do contrato tinham de estar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.

O único ponto controvertido prende-se com o último subfactor, da experiência anterior dos concorrentes na execução de contratos semelhantes, já que os factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação devem estar ligados ao objecto do contrato a celebrar (artigo 75.º/1 do CCP) e, sem prejuízo do disposto no artigo 75.º/3 do CCP, não devem estar ligados aos próprios concorrentes, mas sim aos termos em que estes se propõem executar o contrato. De todo o modo, com a clarificação feita em sede de esclarecimentos (que prevalecem sobre a versão inicial das peças: artigo 50.º/9 do CCP), dissipam-se as dúvidas sobre a admissibilidade do subfactor utilizado, que se reconduz ao da alínea b) do n.º 2 do artigo 75.º do CCP, em conformidade com as directivas e o acórdão Ambisig.

b) Concorda com a exclusão da proposta “C” (parágrafo 2.)? (3 valores)

Tópicos de correcção: Está aqui em causa a eventual verificação de uma situação de “preço anormalmente baixo” (artigo 71.º do CCP), que, a verificar-se, constitui efectivamente uma causa de exclusão das propostas [artigo 70.º/2, alínea e) do CCP]. A empresa “C” tem razão quando defende que a sua proposta não poderia ser objecto de exclusão automática ou liminar, já que o artigo 71.º/3 do CCP impõe que o concorrente seja sempre ouvido em audiência prévia antes da decisão de exclusão.

No entanto, a empresa “C” não tem razão nos demais argumentos que invoca: por um lado, mesmo que as peças não fixem um limiar a partir do qual um preço é considerado “anormalmente baixo”, o júri pode sempre pedir esclarecimentos sobre o preço e formular juízos sobre a sua suficiência ou insuficiência (artigo 71.º/2 do CCP); por outro lado, se se comprovar que o preço proposto é insuficiente para pagar o salário dos trabalhadores a serem alocados à execução dos trabalhos que integram o objecto do contrato, isso constitui, à luz da lei, um fundamento para se considerar que a proposta tem um preço anormalmente baixo (por este “se revelar insuficiente para o cumprimento de obrigações legais em matéria (...) laboral”, nos termos do disposto no artigo 71.º/2 do CCP, aliás em concretização do artigo 1.º-A/2). Os fundamentos que podem ser invocados pelos concorrentes para afastar a suspeição inerente a um preço que seja justificadamente considerado “anormalmente baixo” têm de ser plausíveis (como os indicados no n.º 4 do artigo 71.º do CCP), não podendo limitar-se ao apelo à suposta liberdade de cada concorrente decidir suportar ou não prejuízos em cada contrato que celebra.

c) Avalie a legalidade da conduta do Instituto “X” referida no parágrafo 3. (3 valores)

Tópicos de correcção: Após a adjudicação, o adjudicatário é notificado para apresentar os respectivos documentos de habilitação [artigo 77.º/1, alínea a) do CCP], incluindo os certificados de registo criminal destinados a comprovar que o adjudicatário não se encontra abrangido por qualquer dos impedimentos previstos nas alíneas b), d), e) e h) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP [artigo 81.º/1, alínea b) do CCP]. Ora, o crime de corrupção é justamente um dos crimes previstos na alínea h) [subalínea ii)] do n.º 1 do artigo 55.º do CCP, pelo que a circunstância descrita no caso prático configura um impedimento à participação no procedimento que, quando detectado apenas após a adjudicação, determina a caducidade desta. Sendo certo que a lei

permite a adopção de medidas de self-cleaning para relevar este impedimento (artigo 55.º/2 do CCP), é muito duvidoso que a mera sujeição do administrador a terapia constitua uma medida suficiente e idónea para preencher a previsão daquela norma, pelo que a decisão do Instituto “X” é legal, estando a entidade adjudicante habilitada a declarar a caducidade da adjudicação por motivo imputável ao adjudicatário, devendo, nesse caso, adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente (artigo 86.º/4 do CCP).

II (6 valores)

Responda, de forma sucinta mas fundamentada, a **duas, e apenas duas**, das seguintes perguntas (3 valores cada pergunta):

- a) Poderá um novo Governo, saído das eleições legislativas de 10 de Março de 2024, “desistir” de um procedimento concursal iniciado pelo Governo anterior, com o fundamento de que o concurso é contrário ao seu programa político?

Tópicos de correcção: análise do âmbito e regime do “dever de adjudicar” do artigo 76.º e das “causas de não adjudicação” do artigo 79.º do CCP; problematização da questão à luz, essencialmente, do artigo 79.º/1, d), do CCP, explicitação dos seus pressupostos e consequências (maxime indemnizatórias); tomada de posição fundamentada sobre se a factualidade indicada poderia ou não configurar factos supervenientes que pusessem em causa os pressupostos da decisão de contratar. Poderia ainda admitir-se outras soluções discutidas na doutrina, como a revogação da decisão de contratar (ou até da adjudicação) nos termos do Código do Procedimento Administrativo.

- b) O Município de Tormes pretende contratar a elaboração de um projecto de arquitectura para uma obra a realizar, estimando que irá gastar um valor não superior a 60.000€. O Executivo camarário tem urgência na contratação, pois gostaria de ter a obra concluída antes do final do seu mandato, que termina dentro de um ano e meio. Qual ou quais os procedimentos que poderão ser utilizados para a celebração deste contrato?

Tópicos de correcção: o procedimento que caberia ao caso, tendo em conta o critério do valor, seria a consulta prévia, nos termos do artigo 20.º, c) e d), do CCP. Além da consulta prévia, poderia sempre ser utilizado o concurso público ou limitado, quer com anúncio apenas no DR, quer com anúncio no JOUE, pois não existe limite mínimo para tal. A referência à “urgência” não poderia ser utilizada, designadamente, para utilizar o ajuste directo, porquanto o motivo invocado manifestamente não preenche o conceito de “urgência imperiosa” do artigo 24.º/1, c), CCP.

- c) O que se entende por *necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial*, e qual a relevância dessa noção para o direito dos contratos públicos?

Tópicos de correcção: referência à noção de organismo de direito público como entidade adjudicante – artigo 2.º, n.º 2, alínea a), subalínea i), do CCP; trata-se de conceito de direito europeu, a interpretar de acordo com o mesmo; utiliza-se um método indiciário para a concretização; conceito generoso e amplo de necessidades de interesse geral; associação do carácter industrial ou comercial à exposição à

concorrência; referência aos índices habitualmente utilizados neste contexto – cobertura de prejuízos, forma da criação, titularidade de poderes ou prerrogativas especiais, receitas asseguradas, ausência de procura do lucro, etc.

III (6 valores)

Desenvolva **um, e apenas um**, dos seguintes temas:

- a) Comente criticamente a seguinte afirmação: “*Não existe qualquer excepção genérica à aplicação das regras de contratação pública aos contratos celebrados entre entidades adjudicantes, razão pela qual se admite que uma entidade adjudicante apresente uma proposta num procedimento pré-contratual. No entanto, também é certo que as regras de contratação pública não pretendem aplicar-se a acordos ou contratos que se limitem a organizar o exercício de missões e competências dentro do próprio sector público*”.

Tópicos de correcção: Aplicabilidade das regras de contratação pública do direito europeu aos contratos entre entidades adjudicantes, contrariamente ao que sucedia historicamente; efectivamente, daí resulta que, em regra, não há obstáculos a que uma entidade adjudicante seja concorrente num procedimento pré-contratual, como o Tribunal de Justiça tem entendido, face ao conceito amplo de concorrente das directivas (poderia destacar-se algumas dificuldades que tal por vezes coloca); contudo, da jurisprudência europeia, primeiro, e das directivas de 2014, depois, veio a resultar que o direito europeu dos contratos públicos não pretende aplicar-se às operações de organização e partilha de recursos dentro do sector público, entendidas como resultando da prerrogativa de auto-organização dos Estados; os institutos de onde isto principalmente resulta são a transferência de missões e competências (artigos 1.º/6 da Directiva e 5.º/2 CCP), a contratação in-house e a cooperação público-público (artigos 12.º da Directiva e 5.º-A CCP), podendo igualmente fazer-se menção aos exclusivos atribuídos a entidades adjudicantes (artigo 11.º Directiva e artigo 5.º/4, a), CCP); explicação breve do modo como os pressupostos destas figuras ilustram este princípio.

- b) Qual a relevância do princípio da *transparência* no direito da contratação pública? Pronuncie-se sobre, pelo menos, três institutos ou discussões que tenha estudado e em que esse princípio seja central.

Tópicos de correcção: consagração positiva do princípio da transparência (artigo 18º/1 Directiva 2014/24, artigo 1.º-A/1 do CCP) e respectivo conteúdo, de acordo com a elaboração do Tribunal de Justiça: não apenas utilização de procedimentos com público apelo à concorrência, mas também comunicação completa de tudo o relevante para os participantes decidirem se e como participam, e manutenção da estabilidade das condições essenciais do procedimento; como corolários que manifestam o princípio de forma particularmente clara, poderiam ser referidos, v.g.: a exigência de definição e publicitação de um critério de adjudicação, com os respectivos factores, e, no direito português, em regra, um modelo de avaliação [artigos 132.º/1, alínea n) e 139.º CCP]; a necessidade de as especificações técnicas serem precisas e acessíveis, incluindo quando remetam para rótulos, certificações ou outros (cf. artigo 49.º/7, 49.º-A CCP e regulamentação respectiva); a conclusão, que tem sido reiterada pela jurisprudência,

segundo a qual uma proposta só pode ser excluída por incumprimento de condições das peças do procedimento desde que o carácter obrigatório dessas condições resulte claramente das peças; é ainda o princípio da transparência que, por exemplo, justifica normas como as dos artigos 50.º/8, in fine ou 72.º/5.

- c) Considere o seguinte excerto do acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de Dezembro de 2023, proc. 0275/22.4BECTB: “*A adequada interpretação do que constituem os «fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência» previstos no artº 70º nº 2, al. g) do CCP, tem de reportar-se às características exigidas pelo direito e jurisprudência comunitários, devendo, pois, ser considerados como tal aqueles que se mostrem objectivos e concordantes no sentido da demonstração da falta de autonomia e independência das propostas.*” À luz destas considerações e em face do nosso ordenamento, como considera que deverão ser resolvidos os casos de apresentação, no mesmo procedimento, de propostas separadas por duas ou mais empresas em relação de domínio ou de grupo, ou que partilhem os mesmos administradores?

Tópicos de correcção: referência ao conceito de concorrente como pessoa singular ou colectiva; dúvidas na doutrina e jurisprudência sobre os casos de propostas provenientes de empresas ligadas entre si, designadamente por relações de domínio ou de grupo (como duas sociedades detidas a 100% pela mesma sociedade); possíveis pontos problemáticos dessa situação: hipotética fraude à proibição de apresentação de mais do que uma proposta/variante e de dupla participação (artigo 54.º/2 CCP); dificuldade de reconduzir estas situações a práticas anti-concorrenciais stricto sensu devido ao “privilégio de grupo”; referência, não obstante, à jurisprudência europeia (acórdãos Assitur, Lloyd’s of London, Specializuotas Transportas, etc.) da qual resulta que as propostas em procedimentos de contratação pública têm de ser formuladas pelos diferentes concorrentes com garantias de confidencialidade e autonomia decisória, entendendo-se que quando tal não sucede, há violação dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento, que origina a exclusão das propostas, ainda que sempre mediante um prévio contraditório no qual se dê aos concorrentes possibilidade de provar aqueles predicados; consideração dos casos indicados na pergunta (administradores partilhados, empresas em relação de domínio ou de grupo) à luz dos imperativos acima referidos, perante a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Discussão, ainda, da questão de saber qual o concreto fundamento da decisão de exclusão nestes casos – 70º/2, g), f), outro?