

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Exame de Direito Administrativo III – Noite – 2023/2024 – 22.01.2024
(Época de coincidências)

Regência: Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo

I (8 valores)

1. Com vista à remodelação da sua sede, a fundação pública “Y” lançou um concurso limitado por prévia qualificação, fixando o preço base em € 7.500.000.

De acordo com o programa do procedimento, só seriam admitidos os candidatos que, nos três anos anteriores, tivessem tido um volume de negócios no montante global de € 75.000.000 e realizado pelo menos 3 obras semelhantes às deste concurso.

Mais se estabelecia que só passariam à fase seguinte os 2 candidatos que revelassem maior capacidade técnica e financeira – que, no caso, foram as empresas “A” e “B”.

2. Avaliando as 2 propostas apresentadas, e verificando que ambas tinham exatamente o mesmo preço – que constituía o único fator do critério de adjudicação –, o júri propôs, no relatório preliminar, que o desempate se procedesse a favor da proposta apresentada pelo concorrente “A”, por ter sido este que, na fase da qualificação, tinha visto a sua candidatura ficar ordenada em primeiro lugar.

3. Respondendo, em audiência prévia, a este projecto de decisão, o concorrente “B” invocou, entre outros fundamentos, que a proposta do concorrente “A” deveria ser excluída, em virtude de este concorrente ter participado na consulta preliminar promovida pela fundação pública “Y” em momento anterior ao do lançamento do concurso, tendo o caderno de encargos incorporado alguns dos contributos dados pela empresa “A” nessa fase.

4. Tendo a imprensa dado eco à acusação de “favorecimento” formulada pela empresa “B”, e não pretendendo que a decisão final do concurso gerasse um impacto mediático negativo à sua imagem, a fundação pública “Y” decidiu cancelar o concurso e suspender por tempo indefinido a intenção de realização das obras de remodelação da sede, “até que acalmassem os ânimos”.

Considere as seguintes perguntas, que são independentes entre si, respondendo de forma justificada (2 valores cada pergunta):

- a) Encontra alguma(s) ilegalidade(s) no programa do concurso, com o conteúdo descrito no parágrafo 1.?

As peças do procedimento parecem conter pelo menos duas ilegalidades: (i) por um lado, os requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos para a qualificação dos candidatos são excessivos e desproporcionais, reduzindo artificialmente a concorrência (artigos 164.º/4 e 165.º/3 do CCP); (ii) por outro lado, quando se

adopta o sistema de selecção na qualificação dos candidatos (artigo 181.º/1 do CCP), não pode a entidade adjudicante estabelecer que o número de candidatos qualificados será inferior a 5 [artigo 164.º/1/m)/ii) do CCP].

- b) Concorda com a proposta do júri no sentido da adjudicação da proposta “A” (parágrafo 2.)?

Não, por dois motivos: (i) em primeiro lugar, não estabelecendo as peças do procedimento um critério de desempate (o que viola o disposto no artigo 74.º/4 do CCP), não pode o júri criá-lo, prevendo a lei que, nestes casos (empate entre propostas, quando foi adoptada a modalidade monofactor do critério de adjudicação), possa recorrer-se ao sorteio [artigo 74.º/5/c) do CCP]; (ii) em segundo lugar, nenhum critério de desempate das propostas poderia assentar na maior capacidade técnica ou financeira do proponente, sendo que a lei estabelece que, mesmo no caso de ter sido adoptado o modelo de selecção, todos os candidatos qualificados passam à fase seguinte em condições de igualdade (artigo 187.º/5 do CCP).

- c) Concorda com a argumentação da empresa “B” no sentido da exclusão da proposta “A” (parágrafo 3.)?

A mera realização de uma consulta preliminar ao mercado, em si mesma, nada tem de ilegal e, pelo contrário, está expressamente prevista na lei (artigo 35.º-A/1 do CCP); do mesmo modo, a apresentação de propostas no procedimento, por parte de empresas que participaram na consulta preliminar, não é ilegal, embora as peças devam conter a identidade dos participantes e os seus contributos nessa consulta (artigo 35.º-A/4 do CCP). Assim, a argumentação da empresa “B” só seria procedente se se demonstrasse que a participação da empresa “A” na consulta preliminar – e, portanto, a sua colaboração na elaboração das peças do procedimento – lhe conferiu uma vantagem susceptível de desvirtuar as normais condições de concorrência, já que só neste cenário estaria preenchido o impedimento previsto no artigo 55.º/1/i) do CCP (para o qual o artigo 35.º-A/1 do CCP, aliás, remete).

- d) A decisão da fundação pública “Y”, referida no parágrafo 4., é legal?

A entidade adjudicante tem um dever de adjudicar (artigo 76.º/1 do CCP), ainda que a lei preveja excepções (maxime, as que decorrem do artigo 79.º/1 do CCP, discutindo-se se este elenco legal é ou não taxativo). As circunstâncias invocadas pela fundação pública “Y” não parecem integrar-se em qualquer das alíneas do artigo 79.º/1 do CCP; e, mesmo que se considere que este preceito não esgota as possibilidades legais de não adjudicação, o mero receio da entidade adjudicante

quanto à publicidade mediática da sua decisão não parece constituir um motivo suficientemente relevante para derrogar o dever legal de adjudicação.

II (6 valores)

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

- a) Como se determina o(s) procedimento(s) pré-contratual(ais) que pode(m) ser utilizado(s) para a celebração de um contrato misto, cujo valor é de 90.000€, que envolva prestações típicas do contrato de empreitada e do contrato de aquisição de bens móveis?

Apresentação e aplicação dos critérios de escolha do procedimento no caso de contratos mistos: artigo 32.º do CCP, justificação da celebração de contratos mistos e perigo de fuga às vinculações pré-contratuais, exemplificando com este caso em que os limiares de valor são diferentes para empreitada e aquisição de bens móveis; o critério da componente principal e a relevância da maior expressão financeira; particularidades no caso dos critérios materiais;

- b) Em que consiste o fraccionamento do objecto do contrato e do procedimento? É permitido?

O fraccionamento consiste na divisão artificial de um objecto contratual que, em condições normais, seria contratado através de um único contrato e procedimento pré-contratual. É proibido nas directivas de contratação pública e no artigo 17.º/8 do CCP, pelo seu potencial de fuga às vinculações pré-contratuais em caso de escolha do procedimento em razão do valor; o artigo 22.º do CCP tem disposições que reforçam as regras de escolha e a unidade do objecto, embora dele também resulte em que casos é, no fim de contas, possível (não ilegal) o fraccionamento; e também o artigo 17.º/6 permite o chamado “fraccionamento orgânico”, com condições.

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

Exigibilidade da caução – artigo 88.º CCP; prestação e comprovação da caução, dentro de certo prazo, como parte da fase pós-adjudicatória e condição legal para a celebração do contrato, nos termos do 89.º ss. e 104.º; em caso de não prestação por motivo imputável ao adjudicatário, após contraditório prévio, há declaração de caducidade da adjudicação e adjudicação da proposta ordenada em lugar subsequente, se existir (artigo 91.º/2), ou não adjudicação, se não existir; é ainda objecto de uma contra-ordenação [artigo 457.º, a)].

III (6 valores)

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

- a) Pode afirmar-se que a “selectividade” é um elemento essencial para que um contrato público fique sujeito ao regime de contratação pública da parte II do CCP?

Âmbito objectivo de aplicação da parte II do CCP e susceptibilidade de concorrência (artigo 5.º/1 CCP); a selectividade e respectiva ausência e os mecanismos abertos de celebração de contratos (open house) na linha dos acórdãos Falk Pharma e Tirkonnen do TJUE; aplicação dos princípios; (...)

- b) Contratação pública e integridade

Deveriam ser referidos e desenvolvidos, entre outros possíveis, os seguintes temas: aplicabilidade aos procedimentos pré-contratuais do princípio da imparcialidade e das garantias de imparcialidade; previsão de planos de combate à corrupção nos contratos públicos; impedimentos/causas de exclusão, condenação por determinados crimes, prevenção de conflitos de interesses e de comportamentos censuráveis dos agentes económicos; (...)

- c) Contratação pública e sustentabilidade

Deveriam ser referidos e desenvolvidos, entre outros possíveis, os seguintes temas: princípio da sustentabilidade e sua aplicação aos procedimentos pré-contratuais; possibilidade de utilização de parâmetros relacionados com a sustentabilidade de diversas formas: especificações técnicas, requisitos de qualificação, factores do critério de adjudicação (incluindo ciclo de vida), parâmetros base, condições contratuais; necessidade de conciliação com os outros princípios gerais; surgimento crescente de reivindicações no sentido da inclusão obrigatória de preocupações ambientais, com concretizações (porventura ainda incipientes), como a recente RCM 132/2023, entre outros exemplos; (...)