

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Exame de Direito Administrativo III – Noite – 2024/2025 – 13.02.2025
(Exame – Época de Recurso)

Regência: Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo

I (12 valores)

Suponha que...

No âmbito de um concurso público promovido pelo Município do Fundão para o fornecimento de refeições nas escolas primárias do concelho, o relatório preliminar do júri continha as seguintes propostas de decisão:

- (i) A proposta do concorrente “A” deveria ter sido excluída, em virtude de conter documentos redigidos em língua inglesa, sem tradução para português, não sendo esta falha passível de ser sanada pelo concorrente;
- (ii) As propostas dos concorrentes “B” e “C” deveriam ser excluídas, em virtude de a primeira empresa ser accionista (ainda que não maioritária) da segunda, o que constituiria uma violação das regras da concorrência;
- (iii) A proposta do concorrente “D” deveria ser adjudicada, por, apesar de ter o mesmo preço do que a proposta “E” (sendo o preço o único factor do critério de adjudicação), prever que as refeições a fornecer aos alunos seriam confeccionadas com ingredientes típicos da região e nela produzidos, o que deveria ser valorizado, por promover a economia local.

Decorrida a fase de audiência prévia dos concorrentes, o júri elaborou o relatório final, com o mesmo teor do relatório preliminar, tendo-o remetido para a Câmara Municipal, que homologou o projecto de decisão.

No entanto, o concorrente “D” informou não aceitar a adjudicação, em virtude de terem decorrido mais de seis meses desde a data de apresentação da sua proposta.

E responda, de modo fundamentado, às seguintes perguntas (3 valores cada pergunta):

- 1) Será correcto o entendimento do júri, tanto quanto ao fundamento de exclusão da proposta do concorrente “A” como quanto à impossibilidade de sanação?
A apresentação de documentos redigidos em idioma estrangeiro constitui, à partida, fundamento para exclusão, uma vez que a regra é a de que os documentos que constituem

a proposta são obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa (artigo 58.º/1 do CCP) e que o incumprimento desta regra determina a exclusão da proposta [artigo 146.º/2/e) do CCP].

No entanto, o artigo 72.º/3/b) do CCP prevê expressamente que esta é hoje uma falha passível de sanção, devendo o júri convidar o concorrente faltoso a proceder à junção de tradução em língua portuguesa de documentos apresentados em língua estrangeira.

Assim, embora o júri tenha razão quanto à existência de uma causa de exclusão, decidiu incorrectamente ao considerar que essa falha não seria suprável pelo concorrente.

- 2) É correcta a exclusão das propostas dos concorrentes “B” e “C”? Em caso afirmativo, deveria a entidade adjudicante tomar mais alguma medida?

A existência de “fortes indícios” de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência constitui uma causa de exclusão [artigo 70.º/2/g) do CCP].

No entanto, a mera existência de uma relação accionista entre dois concorrentes (ainda por cima, minoritária) não configura, por si só, uma prática anti-concorrencial, nem sequer um indício (e, menos ainda, um “forte indício”) da existência dessas práticas; note-se que não estamos perante “entidades especialmente relacionadas” (para fazer apelo ao lugar paralelo previsto nos artigos 113.º/6 e 114.º/2 do CCP) e que, mesmo que estivéssemos, isso, por si só, não representaria necessariamente um problema da perspectiva da concorrência e não seria uma causa automática de exclusão das propostas, impondo-se uma análise concreta das propostas apresentadas pelas duas empresas. Na ausência de informações adicionais no caso, afigura-se que esta causa de exclusão invocada pelo júri não estaria preenchida.

De todo o modo, concluindo pela verificação desta causa de exclusão, a entidade adjudicante, além de excluir as duas propostas, deveria ainda comunicar o facto à Autoridade da Concorrência (e, se o concurso tivesse tido publicidade internacional, também à Comissão Europeia): artigo 70.º/5 do CCP.

- 3) É válida a adjudicação da proposta “D”? *(Na resposta, deverá considerar dois cenários distintos: o de a utilização de produtos regionais/locais (i) estar prevista como critério de desempate nas peças procedimentais e (ii) o de não estar prevista.)*

A decisão de adjudicação da proposta “D” mostra-se problemática, qualquer que seja a perspectiva adoptada.

Se a utilização de produtos regionais não estivesse prevista como critério de desempate, não poderia este fator ser convocado, apenas a posteriori, para decidir qual a proposta vencedora, porquanto esse critério deveria ter sido indicado desde logo no programa do procedimento (artigo 74.º/4 do CCP), não podendo os concorrentes ser surpreendidos com a mobilização inesperada de um critério nunca antes anunciado.

Se a utilização de produtos regionais estivesse prevista, seria necessário, por um lado, discutir a conformidade desta disposição das peças procedimentais face à lei (considerando que, por dúvidas da sua compatibilidade com o Direito europeu, a revisão de 2022 eliminou do CCP a utilização de produtos de origem local ou regional), além de salientar a estranheza de o desempate incidir sobre um aspecto da execução do contrato não submetido à concorrência pelo caderno de encargos – uma vez que o caso refere que o critério de adjudicação seria monofactor (o mais baixo preço), significando isto que as propostas deveriam ser idênticas quanto aos demais aspectos relevantes [artigos 42.º/11 e 74.º/1/b) do CCP].

- 4) Poderia o concorrente “D” rejeitar a adjudicação, com base nos fundamentos invocados? Em caso afirmativo, o que poderia a entidade adjudicante fazer?

O prazo de manutenção das propostas é, em princípio, de 66 dias úteis (artigos 65.º e 470.º/1 do CCP), salvo se as peças do procedimento dispuserem diferentemente – o que o caso não diz.

A decisão de adjudicação deve ser proferida e notificada aos concorrentes dentro deste prazo (artigo 76.º/1 e 2, *in fine*, do CCP), sob pena de, caso tal não ocorra, o concorrente cuja proposta ficou ordenada no primeiro lugar poder recusar a adjudicação e, inclusivamente, pedir uma indemnização pelos encargos em que comprovadamente incorreu com a elaboração da proposta (artigo 76.º/3 do CCP).

Em caso de recusa da adjudicação, poderá a entidade adjudicante adjudicar a proposta ordenada no lugar imediatamente subsequente (cujo concorrente também poderá, do mesmo modo, recusar a adjudicação subsidiária, com o mesmo fundamento do adjudicatário original).

II (8 valores)

Responda a duas, e apenas duas, das seguintes perguntas (4 valores cada pergunta):

- a) Distinga a contratação “*in house*” da cooperação inter-administrativa.

Embora estejam previstas no mesmo preceito (artigo 5.º-A do CCP) tenham em comum serem situações em que a Parte II do CCP está afastada da celebração do contrato (sem prejuízo da aplicação dos princípios gerais da actividade administrativa e aos princípios gerais da contratação pública, por força do disposto no artigo 5.º-B do CCP), a contratação “*in house*” e a cooperação inter-administrativa correspondem a figuras distintas, com diferentes pressupostos de aplicação.

Considera-se que existe contratação “*in house*” quando um contrato é celebrado numa circunstância em que, cumulativamente, (i) a entidade adjudicante exerça, directa ou indirectamente, sobre a actividade da outra pessoa colectiva, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, (ii) a entidade controlada desenvolva mais de 80% da sua actividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela(s) entidade(s) adjudicante(s) que a controlam [ou por outra(s) entidade(s) controlada(s) por aquela(s), consoante se trate de controlo isolado ou conjunto], e (iii) não haja, em princípio, participação directa de capital privado na pessoa colectiva controlada (artigo 5.º-A/1 do CCP).

Por sua vez, entende-se que estamos perante um fenómeno de cooperação inter-administrativa quando, cumulativamente, (i) o contrato estabeleça uma cooperação entre as entidades adjudicantes, no âmbito de tarefas públicas que lhes estão atribuídas e que apresentam uma conexão relevante entre si, (ii) a cooperação seja regida exclusivamente por considerações de interesse público, e (iii) as entidades adjudicantes não exerçam no mercado livre 20% ou mais das actividades abrangidas pelo contrato de cooperação (artigo 5.º-A/5 do CCP).

b) Em que medida pode falar-se num dever de divisão em lotes, à luz do CCP?

O artigo 46.º-A do CCP não só estabelece que as entidades adjudicantes podem prever, nas peças do procedimento, a adjudicação por lotes (n.º 1) como, consagrando uma lógica de “*divide or explain*”, prevê também que, em determinados casos – quando da formação de contratos públicos de aquisição ou locação de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a € 135.000, e empreitadas de obras públicas de valor superior a € 500.000 –, a decisão de não contratação por lotes deve ser fundamentada, designadamente, com base na circunstância de (i) as prestações contratuais serem técnica ou funcionalmente incidíveis ou, não o sendo, a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante, ou (ii) a gestão de um único contrato se revelar mais eficiente para a entidade adjudicante, por motivos de urgência ou por imperativos técnicos ou funcionais (n.º 2).

Embora, rigorosamente, deste preceito apenas se retire um dever de fundamentar a opção de não divisão em lotes, parece daí poder extrair-se uma regra implícita de divisão (ou de preferência pela divisão), na medida em que, se assim não fosse, não faria sentido obrigar a entidade adjudicante a justificar a opção tomada quanto à não divisão.

- c) Distinga “causas de não adjudicação” de “causas de caducidade da adjudicação”.

As causas de não adjudicação, previstas no artigo 79.º/1 do CCP (discutindo-se se o seu elenco é taxativo ou meramente exemplificativo), consistem em fundamentos que a entidade adjudicante pode validamente invocar para não adjudicar qualquer proposta (artigo 73.º/1 do CCP), de certo modo em excepção face à regra geral prevista no artigo 76.º/1 do CCP. Ou seja, trata-se de circunstâncias em que a lei admite que o procedimento pré-contratual possa culminar sem a prolação de uma decisão de não adjudicação.

As causas de caducidade da adjudicação, por seu turno, consistem em vicissitudes que afectam a subsistência de uma decisão de adjudicação já proferida, que podem ser imputáveis a condutas do adjudicatário (v.g., artigos 86.º/1, 87.º, 91.º/1, 93.º/1 e 105.º/1 do CCP) ou a outros factores que impossibilitam a celebração do contrato (artigo 87.º-A/1 do CCP), esvaziando o objecto da decisão em causa.

- d) O facto de um contrato *não* administrativo ser celebrado na sequência de um procedimento previsto na Parte II do CCP tem alguma influência no seu regime substantivo? Justifique.

A resposta é afirmativa, por força do disposto no artigo 280.º/3 do CCP: “*As disposições (...) relativas à invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação são aplicáveis, com as devidas adaptações e sem prejuízo do disposto em lei especial, a todos os contratos públicos, independentemente da sua qualificação como contratos administrativos*”.

Daqui se retira que o simples facto de a celebração de um contrato ocorrer na sequência da adopção de um procedimento de contratação previsto na Parte II do CCP tem influência no regime substantivo do contrato celebrado, já que, mesmo que este seja um contrato de direito privado, será sempre, em alguma medida – no que toca aos aspectos referidos no artigo 280.º/3 do CCP –, “publicizado”.

Duração: 1 hora e 30 minutos.