

Universidades Lusíada

Freitas, Duarte Lebre de

A decisão de não adjudicação : rever posições em tempo de crise?

<http://hdl.handle.net/11067/5955>
<https://doi.org/10.34628/03ak-z544>

Metadados

Data de Publicação

2021

Resumo

Com o presente artigo pretende-se fazer uma breve reflexão sobre o quadro jurídico atual da decisão de não adjudicação, que encontra no artigo 79.º do Código dos Contratos Públicos o seu regime. Aborda-se a questão sobre se o rol de causas de não adjudicação previstas naquela disposição se trata de um elenco taxativo, que não deixa à Administração outras razões que não aquelas ou se, pelo contrário, o regime deve exigir uma certa flexibilização, permitindo às entidades adjudicantes a decisão de...

This study intends to make a brief reflection on the current legal framework of the decision of not award the tender, which finds its regime in the article 79 of the Public Contracts Code. It addresses the issue of whether the list of causes for non-award provided for in that provision is an exhaustive list, which does not leave the Administration for reasons other than those or whether, on the contrary, the regime should require a certain flexibility, allowing to the contracting entities the de...

Tipo

article

Revisão de Pares

no

Coleções

[ILID-CEJEA] Polis, s. 2, n. 03 (Janeiro-Junho 2021)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-30T13:18:50Z com informação proveniente do Repositório

A decisão de não adjudicação – rever posições em tempo de crise?

The decision of do not award the tender – review positions on time of crisis?

Duarte Lebre de Freitas

Advogado

E-mail: duarte.freitas@cms-rpa.com

DOI: <https://doi.org/10.34628/03ak-z544>

Resumo: Com o presente artigo pretende-se fazer uma breve reflexão sobre o quadro jurídico atual da decisão de não adjudicação, que encontra no artigo 79.º do Código dos Contratos Públicos o seu regime.

Aborda-se a questão sobre se o rol de causas de não adjudicação previstas naquela disposição se trata de um elenco taxativo, que não deixa à Administração outras razões que não aquelas ou se, pelo contrário, o regime deve exigir uma certa flexibilização, permitindo às entidades adjudicantes a decisão de não adjudicação mesmo quando não se verifique qualquer dos factos mencionados nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo 79.º do Código.

Visitando as diversas razões de não adjudicação legalmente previstas, reflete-se sobre se as mesmas englobam todas as situações em que importa defender a posição da administração adquirente e se deverá abrir-se a hipótese de optar por não adjudicar com base em outras razões.

A leitura dos regimes anteriormente vigentes e das posições da doutrina enquadram a posição sobre a melhor interpretação das normas atualmente em vigor, a qual passa pela possibilidade de as entidades adjudicantes poderem definir qual o interesse público concreto de cada procedimento. Com efeito, a cristalização dos motivos que podem

levar a uma não adjudicação poderá prejudicar o interesse público, na medida em que uma proposta formalmente aceitável pode não respeitar o interesse da entidade adjudicante, sobretudo em contextos de crise económica e financeira. Deverá a administração adjudicar um contrato que não serve os propósitos da decisão de contratar?

Defendendo sempre que a proteção do interesse público não pode deixar de coordenar-se com os princípios da boa-fé, da transparência ou da estabilidade, a posição defendida admite a extensão dos motivos de não adjudicação quando essa opção for, em concreto e devidamente fundamentada, mais benéfica para o interesse público.

Palavras-chave: Adjudicação; Não adjudicação; Elenco taxativo; Interesse público; Crise.

Abstract: This study intends to make a brief reflection on the current legal framework of the decision of not award the tender, which finds its regime in the article 79 of the Public Contracts Code.

It addresses the issue of whether the list of causes for non-award provided for in that provision is an exhaustive list, which does not leave the Administration for reasons other than those or whether, on the contrary, the regime should require a certain flexibility, allowing to the contracting entities the decision of not award

even when none of the facts mentioned in subparagraphs a) to g) of paragraph 1 of article 79 of the Code are verified.

Visiting the various reasons legally provided for not awarding a tender, it is reflected on whether they encompass all situations in which it is important to protect the position of the acquiring administration and whether it should open up the possibility of opting not to award based on other reasons.

The analysis of the regimes previously in force and of the positions of the doctrine frame the position on the best interpretation of the norms currently in force, which includes the possibility of the contracting entities being able to define the concrete public interest of each procedure. Indeed, the crystallization of the reasons that may lead to non-award may harm the public interest, as a formally acceptable tender may not respect the interest of the contracting authority, especially in contexts of economic and financial crisis. Should the public entity award a contract that does not serve the purposes of the hiring decision?

Always defending that the protection of the public interest cannot fail to coordinate with the principles of good faith, transparency or stability, the defended position admits the extension of the reasons for non-award when this option is, in concrete and duly demonstrated, more beneficial to the public interest.

Keywords: Adjudication; Non-award; Exhaustive list; Public interest; Crisis.

I. Introdução

1. Com o presente artigo pretende-se fazer uma breve reflexão sobre o quadro jurídico atual da decisão de não adjudicação, que encontra no artigo 79.º do Código dos Contratos Públicos (“CCP”)¹ a sua disciplina fundamental.

Dada a estreiteza deste espaço, não se tratará propriamente da análise do regime como um todo, mas sobretudo da questão da natureza do elenco de causas de não adjudicação previstas naquela disposição: trata-se de um elenco taxativo, que não deixa à Administração outras razões que não aquelas ou, por outra banda, o regime deve exigir uma certa flexibilização, permitindo às entidades adjudicantes a decisão de não adjudicação mesmo quando não se verifica qualquer dos factos mencionados nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo 79.º do Código?

E deverão os contextos económicos (como o atual, resultante em larga escala da crise pandémica decorrente do novo coronavírus, o SARS-CoV-2, que origina a doença designada COVID-19) servir de bússola para essa decisão? Dito de outro modo, recomendarão as “crises” uma abordagem diferente por parte da Administração?

2. Aberto o concurso com vista a uma adjudicação, a Administração fica, em princípio, constituída no dever de adjudicar verificada que seja a conformidade formal e material das propostas com os requisitos legais e os documentos reguladores do procedimento. Casos há, como se referiu, em que a lei lhe atribui, em certas condições, o poder (ou até a obrigação) de não adjudicar.

1 Código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março, pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, pela Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro, pela Retificação n.º 42/2017, de 30 de novembro, pelo Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio, pelo Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de dezembro, pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020, de 19 de março, e pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

“E deverão os contextos económicos (como o atual, resultante em larga escala da crise pandémica decorrente do novo coronavírus, o SARS-CoV-2, que origina a doença designada COVID-19) servir de bússola para essa decisão (de não adjudicação)? Dito de outro modo, recomendarão as “crises” uma abordagem diferente por parte da Administração?”

Mesmo que o programa do procedimento nada diga sobre tais motivos, a adjudicação terá que ter necessariamente lugar, podendo até haver casos em que ela não pode legalmente ter lugar. Se por um lado subjaz ao modelo próprio do Estado de Direito a ideia de que depois de anunciar a intenção de celebrar um contrato não pode a entidade adjudicante gozar de um poder geral de desvinculação perante os concorrentes, a verdade é que, no entanto, o interesse público pode mediante a reunião de determinadas condições habilitar a Administração a reformular a decisão de contratar².

2 Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁN-

II. Causas de não adjudicação

A) Evolução legislativa

1. As obrigações impostas pela integração nas Comunidades e pela necessidade de adotar as regras processuais consagradas na disciplina comunitária nesta matéria, designadamente pelas Diretivas n.ºs 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE, pelo Acordo GATT sobre Contratos de Direito Público e ainda pela Decisão do Conselho n.º 87/95/CEE, tornaram premente a adoção de regulamentação em matéria de contratação pública, tendo surgido nesse contexto o Decreto-Lei n.º 24/92, de 25 de fevereiro, que estabeleceu o regime dos contratos de fornecimento, compra de coisas móveis, locação financeira, locação ou venda a prazo, com ou sem opção de compra, aquisição e locação de bens ou serviços de informática. No artigo 21.º do referido regime, dispunha-se que “[n]ão há lugar à adjudicação nos seguintes casos: a) Quando o concurso tenha ficado deserto; b) Quando todas as propostas apresentadas sejam julgadas irregulares ou inaceitáveis pela entidade pública contratante, face às condições do concurso; c) Quando houver forte presunção de conluio entre os concorrentes, nos termos do artigo 8.º; d) Quando, por circunstância imprevisível, seja necessário alterar os elementos fundamentais do caderno de encargos; e) Quando o interesse da entidade pública contratante imponha o adiamento do concurso por prazo não inferior a um ano”.

Como se verifica, já em 1992 o legislador não quis dar um cheque em branco à Administração Pública no sentido de lhe permitir não adjudicar determinado contrato exceto nas situações pontuais que estabeleceu no citado artigo 21.º. É certo que o recurso a conceitos indeterminados como “inaceitáveis” ou “interesse da entidade pública” permitiria alguma margem, mas a verdade é não havia liberdade de não adjudicação, impondo-se até, nalguns casos, o simples adiamento e não a não adjudicação.

2. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 405/93, de

CHEZ, *Temas de Contratação Pública, I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 280.

10 de dezembro, estabelecia no seu artigo 99.º que “[o] dono da obra não pode adjudicar a empreitada: a) Quando resolva adiar a execução da obra pelo prazo mínimo de um ano; b) Quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso, salvo se o interesse público prosseguido o determinar; c) Quando, tratando-se de propostas condicionadas, ou de projectos ou variantes da autoria do empreiteiro, as condições oferecidas e os projectos ou variantes lhe não convenham; d) Quando, por grave circunstância superveniente, tenha de proceder-se à revisão e alteração do projecto posto a concurso; e) Quando haja forte presunção de conluio entre os concorrentes, nomeadamente nos termos do n.º 1 do artigo 4.º; f) Quando todas as propostas ofereçam preço total anormalmente baixo e as respectivas notas justificativas não sejam tidas como esclarecedoras. Sendo que de acordo com o n.º 2 do mesmo preceito, o dono da obra só comunicava as razões por que decidiu não adjudicar a empreitada aos concorrentes que o solicitassem³.

Como defendia JORGE ANDRADE DA SILVA⁴, não se tratava tanto de um direito de não adjudicar, mas antes de um poder-dever, impondo-se ao dono-de-obra não adjudicar quando se verificasse um dos pressupostos. 3. O Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março, transpôs para a ordem jurídica interna as Diretivas n.º 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de junho de 1992, e 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de junho de 1993, estabelecendo o regime de realização de despesas públicas com empreitadas de obras públicas e aquisição de serviços e bens, bem como o da contratação pública relativa à prestação de serviços, locação e aquisição de bens móveis. Este diploma veio revogar o acima citado Decreto-Lei n.º 24/92, de 25 de fevereiro. No artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 55/95, de

29 de Março estabelecia-se que “[n]ão há lugar à adjudicação nos seguintes casos: a) Quando todas as propostas apresentadas sejam consideradas inaceitáveis pela entidade pública contratante; b) Quando houver forte presunção de conluio entre os concorrentes, nos termos do artigo 18.º; c) Quando, por circunstância imprevisível, seja necessário alterar os elementos fundamentais do caderno de encargos; d) Quando o interesse da entidade pública contratante imponha o adiamento do concurso por prazo não inferior a um ano; e) Quando no programa de concurso exista cláusula de não adjudicação”.

Como resulta da letra da lei, além de outros motivos relativamente próximos das outras previsões de diplomas até então revogados, este Decreto-Lei n.º 55/95 veio permitir que as entidades adjudicantes pudessem prever no programa do procedimento uma cláusula de reserva de não adjudicação⁵.

4. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, que constituiu o último regime jurídico das empreitadas de obras públicas pré-CCP, previa no seu artigo 107.º a “Não adjudicação e interrupção do concurso”: “I

- O dono da obra não pode adjudicar a empreitada: a) Quando por circunstâncias supervenientes resolva adiar a execução da obra pelo prazo mínimo de um ano; b) Quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso; c) Quando, tratando-se de propostas condicionadas, ou de projectos ou variantes da autoria do empreiteiro, as condições oferecidas e os projectos ou variantes lhe não convenham; d) Quando, por grave circunstância superveniente, tenha de proceder-se à revisão e alteração do projecto posto a concurso; e) Quando haja indícios de conluio entre os concorrentes; f) Quando todas as propostas ofereçam preço total anormalmente baixo e as respectivas notas justificativas não sejam tidas como esclarecedoras”.

Face ao regime anterior (Decreto-Lei n.º 405/93), esta disposição trouxe consigo algumas alterações: a alínea a) estabelecia que só quando o adiamento for devido a circunstâncias supervenientes à abertura do concurso pode o dono de obra não proceder à adjudicação; já a alínea b) proibiu mesmo que se adjudicasse caso se verifiquem os respetivos pressupostos, facto que o regime anterior não impunha “se o interesse público prosseguido o determinar”.

5. Por fim, o artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho (regime jurídico de realização de despesas públicas e da contratação pública), estabelecia o seguinte quanto a causas de não adjudicação: “1- Não há lugar a adjudicação nos seguintes casos: a) quando todas as propostas apresentadas sejam consideradas inaceitáveis pela entidade competente para autorizar a despesa; b) quando houver forte presunção de conluio entre os concorrentes, nos termos do artigo 53.º”.

Nestes termos, a entidade adjudicante podia decidir não adjudicar o contrato ou anular o procedimento por motivos que se prendessem com a qualidade das propostas, por existência de conluio e por motivos de interesse público, mas no sentido de, face a alteração de circunstâncias, a celebração do contrato não se afigurar a melhor forma de prosseguir o interesse público⁶.

3 No que respeita à não obrigatoriedade da notificação da fundamentação escreveu MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, pugnando pela revisão de tal norma no sentido de todos os concorrentes serem notificados dos motivos concretos que determinaram a não adjudicação (cfr. *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, reimpressão, 1999, p. 213).

4 Cfr. *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, 4.ª edição anotada e comentada, Almedina, Coimbra, 1995, p. 219.

5 De qualquer modo, esta possibilidade não deveria ter-se como absoluta e infundamentada. Como decidiu o Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) em Acórdão de 24 de abril de 2002 (Processo n.º 048424), num caso em que o programa do concurso previa a não adjudicação caso as condições apresentadas pelos concorrentes não fossem favoráveis “[f]ace a esta maneira de a lei se expressar; começando pela forma como o texto se apresenta redigido, atendendo também conteúdo das alíneas, e sobretudo a patente finalidade de limitar a discricionariedade da entidade pública que promove o concurso, fácil é concluir que, salvo casos verdadeiramente excepcionais em que a impossibilidade de adjudicar não lhe seja de todo imputável, a lei não deixa vias legítimas de não adjudicação que se não reconduzam a alguma das previsões das alíneas do artigo 71.º logo, não estabelece uma cláusula aberta, antes efectua uma enumeração taxativa. É certo que a entidade pública que abriu o concurso, pode não adjudicar por razões que não podem ser incluídas em nenhuma das alíneas do artigo 71.º n.º 1, mas se o fizer, ainda que em nome do interesse público e com efectivo fundamento nele, nem por isso usa de um poder discricionário, antes actua contra a autovinculação que criou ao lançar o concurso e simultaneamente a lei lhe impõe pela citada norma. Isto é, a não adjudicação fora dos pressupostos do artigo 71.º n.º 1 viola a vinculação legal, porque os casos nele previstos constituem o limite dos espaços de livre conformação que aquela lei (DL 155/95) deixou aos entes públicos nos concursos públicos que regula”.

6 Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Alme-

Com este diploma, o legislador do Decreto-Lei n.º 197/99, invocando o “objectivo de aperfeiçoar o sistema de garantias para os contratantes”⁷, configurou de novo as situações que podiam conduzir à não adjudicação do que foi posto a concurso, distinguindo, pela primeira vez, as causas de não adjudicação (artigo 57.º), daquelas que conduzem à anulação da adjudicação (artigo 56.º) ou à anulação do procedimento (artigo 58.º). Assim, relativamente às anteriores cinco causas de não adjudicação previstas no artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 55/95, apenas manteve como tal as duas primeiras ali previstas, restringindo-as às situações de inaceitabilidade de todas as propostas apresentadas e de presunção de conluio entre os concorrentes – cfr. alíneas a) e b), do artigo 57.º⁸.

B) As causas de não adjudicação no Código dos Contratos Públicos

1. Aqui chegados, cumpre então apreciar com mais pormenor o que dispõe o CCP. Como começou por se anunciar, importa em especial verificar se os motivos indicados na disposição mais relevante (o artigo 79.º⁹) são ou não taxativos, ou seja, se pode uma

entidade adjudicante decidir não adjudicar um contrato com base em motivo diferente. Estabelecem-se nesse artigo as causas de não adjudicação:

- “1 – Não há lugar a adjudicação quando:
- Nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta;
 - Todas as candidaturas ou todas as propostas tenham sido excluídas;
 - Por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento;
 - Circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar, o justifiquem;
 - Nos casos a que se refere o n.º 5 do artigo 47.º¹⁰, a entidade adjudicante considere, fundamentadamente, que todos os preços apresentados são inaceitáveis;
 - No procedimento de diálogo concorrencial, nenhuma das soluções apresentadas satisfaça as necessidades e as exigências da entidade adjudicante;
 - No procedimento para a celebração de acordo-quadro com várias entidades o número de candidaturas ou propostas apresentadas ou admitidas seja inferior ao número mínimo previsto no programa de concurso.

2 – A decisão de não adjudicação, bem como os respectivos fundamentos, deve ser notificada a todos os concorrentes.

3 – No caso da alínea c) do n.º 1, é obrigatório dar início a um novo procedimento no prazo máximo de seis meses a contar da data da notificação da decisão de não adjudicação.

4 – Quando o órgão competente para a decisão de contratar decida não adjudicar com fundamento no disposto nas alíneas c) e d) do n.º 1, a entidade adjudicante deve indemnizar os concorrentes, cujas propostas não tenham sido excluídas, pe-

los encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respectivas propostas”.

Antes de mais, refira-se que nos termos do n.º 1 do artigo 76.º do CCP, “sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 79.º [o que ora nos ocupará], o órgão competente para a decisão de contratar deve tomar a decisão de adjudicação e notificá-la aos concorrentes até ao termo do prazo da obrigação de manutenção das propostas”. Deste modo, a entidade adjudicante tem obrigação de tomar a decisão de adjudicação dentro do prazo de manutenção das propostas fixado no programa do procedimento.

Ou seja, o artigo 79.º prevê as exceções à referida regra, estabelecendo as situações em que o dever de adjudicação se encontra afastado.

Vejamos pois, resumidamente, o significado de cada alínea¹¹.

A causa de não adjudicação da alínea a) não se encontrava expressamente prevista no Decreto-Lei n.º 59/99 ou no Decreto-Lei n.º 197/99. Todavia, é evidente que a não apresentação de propostas no procedimento só poderia determinar a não adjudicação. Neste caso, a entidade adjudicante pode abrir um novo procedimento de ajuste direto nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP desde que o caderno de encargos e, se for o caso, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira não sejam substancialmente alterados em relação aos daquele concurso.

No que respeita à situação da alínea b), a mesma constava já da alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 197/99, embora aí a referência a propostas inaceitáveis devesse ter-se por propostas ilegais¹². Também neste caso se permite a abertura de um procedimento de ajuste direto nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, uma vez mais desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao do procedimento anterior.

11 Sobre o tema, cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 346-352.

12 Cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, ob. cit., pp. 183 e 184.

dina, Coimbra, 2002, p. 214.

7 Cfr. ponto 10 do preâmbulo.

8 Sobre este ponto, ver, por todos, Acórdão do STA de 7 de julho de 2005 (Processo n.º 0352/04) em cujo sumário se lê o seguinte “I - Inexiste, hoje, norma jurídica que, em geral, atribua a Administração o poder de, por sua iniciativa, reservar no programa ou no aviso de concurso que resolveu abrir, o direito a não efectuar a adjudicação – como acontecia na vigência do DL n.º 55/95, de 29-03, que no artigo 71, n.º 1, al.e), previa que não haveria lugar a adjudicação “quando no programa de concurso exista cláusula de não adjudicação. II – Assim, é ilegal por violação do princípio da legalidade consignado nos artigos 266º, n.º 2, da CRP, e 3, do CPA, a cláusula inserta no edital em publicita o concurso em que uma Câmara Municipal reserva o direito de “não fazer a adjudicação caso a melhor proposta não satisfaça”.

Em termos menos restritivos, cfr. Acórdão do STA de 31 de janeiro de 2004 (Processo n.º 040313): “Não se vê que exista qualquer princípio legal que impeça a Administração Pública em concurso público com vista à celebração de contrato com terceiros, na estrita defesa do interesse público que lhe cabe prosseguir e cuja satisfação está na base da sua própria existência, preveja uma cláusula de salvaguarda, que a autorize a “anular” o concurso público quando nesse sentido avultam razões de “interesse público ou social”.

9 Cujá redação foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

10 Que tem a seguinte redação: “Em casos excepcionais, devidamente fundamentados, a entidade adjudicante pode não fixar preço base, desde que o procedimento permita a celebração de contratos de qualquer valor e o órgão competente para a decisão de contratar não esteja sujeito a limites máximos de autorização de despesa ou ao regime de autorização de despesas”.

A hipótese da alínea c) corresponde à anteriormente vigente na alínea a) do n.º 1 do artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 197/99, embora com substituição do termo “circunstâncias imprevisíveis” pelo termo “circunstâncias imprevistas” – que nos parece mais abrangente, pois o juízo passa a ser se as circunstâncias simplesmente foram ou não previstas, deixando-se de parte a ponderação sobre a possibilidade de terem sido previstas.

A hipótese da alínea d) é relativamente semelhante à que constava da alínea b) do n.º 1 do artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 197/99, tratando-se aqui de circunstâncias supervenientes que afetem ou possam afetar a decisão de contratar de modo irremediável.

Quanto à situação da alínea e) o CCP não estabelece – mas parece-nos que deveria tê-lo feito, sobretudo após a alteração de do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 – o que deve entender-se por preço contratual manifestamente desproporcionado. Fica assim esse juízo a cargo da entidade adjudicante, que deverá fundamentar devidamente as razões porque entende que se está na presença de um preço manifestamente desproporcionado¹³.

Relativamente ao processo de diálogo concorrencial, dispõe a alínea f) que constitui fundamento de não adjudicação o facto de nenhuma das soluções apresentadas satisfazer as exigências e necessidades da entidade adjudicante.

Por fim, a alínea g), introduzida na revisão de 2017, alarga o leque de possibilidades, embora a administração adjudicante não tenha aqui a menor margem de discricionariedade, sendo uma decisão de não adjudicação assente em factos objetivos.

2. Esgotarão as hipóteses acabadas de descrever as situações em que a entidade adjudicante pode ou deve não adjudicar o contrato¹⁴? Não fará sentido que a Administração recuse adjudicar caso nenhuma das propostas satisfaça as necessidades e exigências, mesmo que cumpra as formalidades de admissão e avaliação de propostas?

Segundo MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, a tese da taxatividade legal em matéria de causas de adjudicação não é a melhor solução, dado não ser adequada a todos os interesses¹⁵.

Com efeito, defendem aqueles Autores ser de admitir a não adjudicação fundada não apenas em razões de interesse público supervenientes que justifiquem a revogação da decisão de contratar, mas também quando o juízo de imprestabilidade do procedimento se baseie:

- a) Em razões de conhecimento superveniente;
- b) Em erro comprovado (desculpável ou não) na ponderação que subjazera à decisão de contratar;
- c) Em razões que legitimariam o poder de rescisão do contrato respetivo por motivos de interesse público (cfr. artigo 334.º do CCP).

Esta tese assenta numa visão que privilegia o interesse público e as necessidades coletivas em “detrimento” do mercado e da concorrência, considerando não poder haver lugar, na vida e no mundo contemporâneos, ao dispêndio de dinheiros públicos na aquisição de obras, de bens ou de serviços que se percebe serem objetivamente imprestáveis para a coletividade¹⁶.

Além de ser uma filosofia que nos merece simpatia, a necessidade de salvaguarda do interesse público é ainda mais premente em contextos de crise financeira e restrições orçamentais, em que a despesa do Estado é constante e fortemente condicionada. Com efeito, não nos parece defensável que, perante circunstâncias como as citadas, a Administração se veja na obrigação de celebrar um contrato inadequado, prejudicando o interesse público para defender o interesse particular – por legítimo que este seja. Não quer isso dizer que tais circunstâncias não devam ser relevadas em sede de compensação ou indemnização pelos prejuízos causados pela decisão de não adjudicação. Ainda que os recursos públicos sejam aqui utilizados para indemnização, a sua boa gestão determina que não sejam gastos em contratos inúteis.

Naturalmente, a decisão de não adjudicação tomada nestes termos – isto é, com base em motivo não previsto no artigo 79.º do CCP – tem de passar por vários crivos¹⁷:

- a) Tem de tratar-se de circunstâncias excecionais em que não seja chocante “dar o dito por não dito”;
- b) Tem de tratar-se de casos de imprestabilidade objetiva da “utilidade” a adquirir;
- c) Tal imprestabilidade tem de ser inquestionável;
- d) Tem de demonstrar-se que os interesses que se protegem são bem mais valiosos ou ponderosos do que os que ficam prejudicados pela sua adoção;
- e) Os lesados têm de ser indemnizados, pelo menos com a compensação dos encargos ocorridos com a elaboração das propostas, admitindo-se que o “ex-futuro” adjudicatário demande judicialmente a entidade adjudicante por outros prejuízos.

13 MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA defendem que “poderá ser tido como preço manifestamente desproporcionado – pelo menos, como preço de alerta para melhor ponderação do caso – aquele que ronde percentagens da ordem dos 25%, por nos parecer que isso constitui indício de que o único convidado do procedimento de ajuste directo estará a tentar aproveitar-se dessa sua posição para obter, além do lucro normal que os preços praticados no mercado lhe proporcionariam, um lucro abusivo” (cfr. *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 1052).

14 Sobre esta questão ver por todos, BERNARDO AZEVEDO, “Adjudicação e celebração do contrato”, *Estudos de Contratação Pública*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 230 e ss., MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. cit., pp. 1053 e ss., e MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III, Contratos Públicos*, p. 109.

15 Cfr. ob. cit., p. 1054.

16 Cfr. ob. cit., pp. 1055 e 1056. Sublinhe-se o exemplo dado sobre a compra pelo Estado de medicamentos cuja escolha resultou de erro dos serviços. Verificando-

-se que em virtude desse erro se iriam adquirir medicamentos com determinada substância ativa, faria sentido pagar milhões de euros em medicamentos inúteis quando não se verificam nenhuma das situações de não adjudicação previstas no n.º 1 do artigo 79.º? Os Autores entendem que não.

17 MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 1056.

3. Recusando igualmente o carácter taxativo e fechado do artigo 79.º do CCP se pronuncia BERNARDO AZEVEDO: “(...) *pese embora a profunda metamorfose de sentido sofrida pelas regras da contratação pública, que passa justamente pelo abandono da sua primitiva condição de instrumento ao serviço dos interesses da Administração e pela correspondente transmutação, sob forte impulso do princípio da concorrência, em mecanismo cuja intencionalidade precípua se consubstancia na tutela dos interesses dos operadores económicos privados envolvidos em procedimentos de natureza concursal, o certo é que, ainda assim, julgamos que subsistem boas razões seja para afastar a construção do acto de adjudicação como «acto incondicionalmente devido» (MARCO LIPARI), seja, sobretudo para recusar o carácter taxativo ou fechado do elenco de causas de não adjudicação vertido no art. 79.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos»*” (destaque nosso)¹⁸.

Na verdade, acompanhando o Autor acabado de citar, admitimos que a defesa da taxatividade do elenco do n.º 1 do artigo 79.º assenta mais em preocupações de defesa da concorrência e dos particulares do que propriamente do interesse público que cabe a cada entidade adjudicante prosseguir. Ora, se é inquestionável que nos últimos anos a doutrina e a jurisprudência deram importantes contributos no sentido da defesa do particular, cabe indagar se não chegou de novo a hora de voltar a ver o direito da contratação pública na perspectiva dos adjudicantes. Preocupação que ganha maiores proporções em tempos de crise e em que todos temos sido chamados à responsabilidade de tornar sustentáveis as finanças do Estado.

Conforme prossegue BERNARDO AZEVEDO, nem se pode defender que as diretivas comunitárias que regem a contratação pública ajudem qualquer um dos “lados da barricada”, dado tratar-se de matéria que é deixada em larga escala à livre disponibilidade dos Estados Membros, preocupando-se o legislador comunitário com os critérios de adjudicação e em determinar as

condições em que pode haver adjudicação com propostas anormalmente baixas¹⁹. Por outro lado, o Autor vai mais longe e defende que o dever de adjudicação previsto no artigo 76.º, n.º 3, do CCP pretende simplesmente fixar à Administração um prazo perentório para efeitos de adjudicação, o qual, se violado, confere ao adjudicatário o direito de recusar a adjudicação: “*No fundo, e em suma, do que se trata, no art. 76.º, n.º 1, do CCP, é não da consagração da adjudicação como acto estritamente devido, a cuja prática o órgão competente para a decisão de contratar se encontra irremediavelmente vinculado, mas antes de uma imposição de uma condição à entidade adjudicante tendo por finalidade beneficiar do «compromisso unilateral e irrevogável do proponente particular em manter firme a sua proposta» (MASSIMO GLIAZZI), até ao termo do prazo consignado no art. 65.º do CCP*”.

No mesmo sentido, embora de forma menos vincada, alinha também JULIANA FERAZ COUTINHO²⁰, referindo que se nos termos do n.º 1 do artigo 334.º do CCP²¹, o contraente público pode resolver o contrato unilateralmente por razões de interesse público, então, por maioria de razão, não será de excluir que a entidade adjudicante opte por não adjudicar por razões de interesse público devidamente fundamentado.

4. Estas posições – que merecem a nossa simpatia – não têm tido, porém, grande aceitação doutrinária nem jurisprudencial. Nomeadamente, JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ não sufragam tal entendimento, defendendo que “*uma decisão de não adjudicação só é perfeitamente conforme ao ordenamento jurídico quando praticada no exercício da habilitação legal oferecida pelo artigo 79.º do Código dos Contratos Públicos; e, em qualquer caso, a sua prática constitui a Entidade Adjudicante na*

obrigação de indemnizar todos os concorrentes, cujas propostas não tenham sido excluídas e tenham sido objecto de avaliação para efeitos de adjudicação, por todos os encargos que comprovadamente tenham incorrido com a elaboração das suas propostas”²².

Também os “autores do Código” (Sérvulo Correia & Associados – Sociedade de Advogados, R.L.)²³ aparentam defender tal impossibilidade, afirmando que “*a consagração do dever legal de adjudicar assenta na lógica de que a entidade adjudicante, quando inicia um procedimento pré-contratual, dando dele conhecimento ao mercado (através de convite ou anúncio), fica vinculada a essa espécie de “oferta ao público”, não podendo, em nome do princípio da boa fé, defraudar as expectativas legítimas de contratar que suscitou junto dos operadores económicos*”. Embora o não digam diretamente, parece que a imposição do dever de adjudicação impede desde logo a Administração de explorar outros argumentos que não os constantes no n.º 1 do artigo 79.º do CCP.

De notar também ser essa a posição de MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS que, igualmente a propósito da subscrição da tese do carácter predominantemente vinculado do ato de adjudicação, defendem que este mesmo carácter vinculado leva ao encerramento das causas de não adjudicação do artigo 79.º do CCP, uma vez que a adjudicação só não pode ter lugar nos casos aí enunciados taxativamente²⁴.

Por fim, citando estas diferentes posições, mas optando também pela taxatividade, GONÇALO GUERRA TAVARES entende que a norma não consente outras causas de não adjudicação para além das elencadas, pugnano também pela inadmissibilidade de uma entidade adjudicante estabelecer uma cláusula de não adjudicação no programa do procedimento²⁵.

¹⁹ Cfr. ob. cit., p. 236.

²⁰ Cfr. “Adjudicar ou não adjudicar, eis a questão”, *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 577 e ss.

²¹ Cujá redação é a seguinte: “*O contraente público pode resolver o contrato por razões de interesse público, devidamente fundamentado, e mediante o pagamento ao cocontratante de justa indemnização*”.

²² Cfr. ob. cit., p. 286.

²³ Cfr. *Manual de Procedimentos – Contratação Pública de Bens e Serviços (do início do procedimento à celebração do contrato)*, 2008, pp. 43 a 46.

²⁴ V. ob. cit., p. 109.

²⁵ Cfr. ob. cit., p. 351.

¹⁸ Ob. cit., pp. 234-235.

Nos tribunais, se o Tribunal Central Administrativo Sul decidiu em 10 de outubro de 2013 (Processo n.º 10318/13) que “o 79.º do CCP não é taxativo, mas meramente exemplificativo”, defendendo que “em situações excepcionais, que serão as previstas no artigo 79.º do CCP, ou outras similares, a entidade contratante possa revogar a decisão de contratar e não prosseguir o concurso com a correspondente adjudicação”²⁶, mais recentemente, o Tribunal Central Administrativo do Norte, decidiu em 28 de junho de 2019 (Processo n.º 00744/18.0BECBR) que “[a]s hipóteses consagradas nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 79.º do CCP como justificativas de uma decisão de não adjudicação, em particular as contidas nas alíneas c) e d), não integram a falta de valia ou a performance das propostas, sendo de afastar o poder de não adjudicar ou qualquer possibilidade de não adjudicação quando esteja em causa a apreciação do mérito das propostas ou a sua idoneidade para realizar o interesse prosseguido com a decisão de contratar”.

O STA, todavia, ainda não proferiu até esta data acórdão de revista sobre o tema, apesar de o mesmo já ter sido suscitado, tendo acabado por ficar prejudicado por questões anteriores.

5. Referimos nos pontos 2 a 4 algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a taxatividade (ou não) do elenco de motivos de não adjudicação previstos no artigo 79.º, n.º 1, do CCP, a partir de uma abordagem genérica.

Aproveitando, no entanto, a “boleia” de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA²⁷, vejamos também um caso específico: a inaceitabilidade de todas as propostas em determinado procedimento.

Referem-se aqueles Autores a propostas que respondem aos requisitos formais da sua elaboração e apresentação e que por isso são analisadas e ordenadas na lista de

“Neste contexto, cristalizar os motivos que podem levar a uma não adjudicação, parece-nos, pelo menos em tese, poder prejudicar o interesse público, pois o que hoje parece seguro ou um dado adquirido, amanhã pode já não o ser.”

adjudicação, embora com pontuações de muito baixo valor, “não revelando a existência de atributos que as tornem minimamente sedutoras para a entidade adjudicante – ou então revelando alguns de tão baixa valia que não compensam aqueles em que elas se revelam meritórias”.

Poderá nestes casos a entidade adjudicante, que não se tenha precavido nas peças de procedimento contra essa hipótese, recusar-se a adjudicar o contrato respetivo no caso de inaceitabilidade de todas as propostas apresentadas²⁸?

Acompanhando estes Autores^{29/30}, entendemos que a administração não pode ficar

28 Não está em causa, como bem referem os Ilustres Autores, os casos em que no caderno de encargos tenham sido fixados parâmetros base, pois se ficarem aquém seriam excluídas ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP – caindo em consequência sob a causa de não adjudicação prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 79.º.

29 Cujas posições, reconheça-se, nem sempre é categórica, apenas propendendo para a causa de não adjudicação inominada.

30 E também (embora com outro quadro legislativo) SÉRVULO CORREIA – v. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 702 e 703.

vinculada a adjudicar nestas condições.

Em primeiro lugar, porque o legislador do CCP não impôs que a questão fosse regulada nas peças do procedimento, nomeadamente, não impôs que se definissem sempre os parâmetros base do caderno de encargos.

Em segundo lugar, porque a obrigatoriedade de adjudicação do contrato a proposta de muito escassa valia – “para além de afectar onerosamente o princípio da prossecução do interesse público e da economia e eficiência das decisões que com ele bolem” – corresponde a uma visão pura do princípio da concorrência que não cuida de harmonizar este último com outros igualmente relevantes e aplicáveis em procedimentos de contratação pública.

Com efeito, o apelo e o respeito pela concorrência não podem tornar a Administração “refém de qualquer «porcaria» que lhe apareça” no âmbito do procedimento.

Em suma, como ponto de partida, em casos de indefinição contratual ou em que os atributos das propostas não estejam reportados a parâmetros base do caderno de encargos, é de admitir que a entidade adjudicante recuse propostas de valia ou adequação inaceitáveis à realização das finalidades do contrato respetivo e que, se essa inaceitabilidade for de todas as propostas, emita uma decisão de não adjudicação.

No entanto, como também referem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, exige-se da entidade adjudicante, em contrapartida, deveres de fundamentação especialmente diligentes quanto à concretude, suficiência e clareza das razões invocadas, sendo também devido um respeito acrescido pelos princípios da boa-fé, da transparência, da imparcialidade e da proporcionalidade³¹.

A) Posição adotada

Aqui chegados, e não obstante se ter deixado já subentendido quais as posições que merecem o nosso acolhimento, cumpre responder à pergunta que inicialmente propusemos para este artigo: as causas

26 Diga-se que esta decisão é anterior à inclusão da alínea g) do n.º 1 do artigo 79.º pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, que resolveria objetivamente a questão ali em análise se estivesse vigente à data do procedimento em causa. Não obstante, cremos que os princípios ali defendidos se manteriam à luz da redação atual.

27 Cfr. ob. cit., p. 1057 e ss.

31 Cfr. ob. cit., p. 1059.

de não adjudicação previstas no n.º 1 do artigo 79.º do CCP constituem um elenco taxativo, impedindo a Administração de recusar a adjudicação com base noutras razões?

De forma mais convicta que MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, mas não tão contundentes quanto BERNARDO AZEVEDO, defendemos que o elenco não pode entender-se como categoricamente fechado.

Reconhece-se o terreno pantanoso que constituem os conceitos indeterminados nestes domínios, nomeadamente o recurso ao “interesse público”. “Conceitos indeterminados” ou “conceitos standard”, que são, como referem J. M. SANTOS BOTELHO, A. PIRES ESTEVES e J. CÂNDIDO DE PINHO³², aqueles que, por concreta opção do legislador, envolvem uma definição normativa imprecisa a que, na fase de aplicação, se deverá dar uma significação específica, em face de factos concretos, de tal forma que o seu emprego exclui a existência de várias soluções possíveis.

Nesta medida, constituindo o interesse público um conceito com esta natureza, tornar-se-á necessário proceder a operações tendentes à sua concretização específica, o que passa pelo recurso a valores e após ponderação das circunstâncias de cada caso.

A verdade é que Administração tem de preencher espaços próprios na prossecução do interesse público, admitindo-se hoje que essa abertura discricionária possa em certos casos significar uma verdadeira intervenção constitutiva dos órgãos administrativos, mesmo na concretização dos pressupostos que formam a hipótese legal, isto é, que a administração possa vir em certa medida a codeterminar o próprio interesse público que lhe cabe realizar.

Deste modo, não nos fere a sensibilidade que as entidades adjudicantes possam definir o interesse público concreto de cada procedimento, demonstrando ou não qual a melhor solução.

E mesmo do ponto de vista literal, também pode dizer-se que o legislador se entregou a uma imensa tarefa ao elaborar o CCP mas não cuidou de resolver esta situação de forma concludente, o que se exigiria. Tanto mais que é matéria que há mais de trinta anos marca presença na legislação sobre contratação pública. Neste aspeto há que dar razão a BERNARDO AZEVEDO quando refere que é impressivo que não se tenha aproveitado o ensejo da elaboração do CCP para tornar óbvio, de uma vez por todas, que apenas aquelas causas podem dar lugar a decisões de não adjudicação: bastaria que em vez de “não há lugar a adjudicação quando” se dissesse “só não há lugar a adjudicação quando”³³.

Acresce que em contextos de crise, faz menos sentido ainda (se é que faria em outros contextos...) exigir que a entidade adjudicante celebre um contrato que seja contrário ao interesse público.

E não só no contexto em que as dificuldades económicas e financeiras exigem um esforço adicional à Administração se pode (ou deve) pugnar por esta solução: as sucessivas crises económicas e financeiras que vêm deflagrando na última década e meia³⁴, não têm, apesar da sua frequência, parado de surpreender “meio mundo” (incluindo, para o que nos interessa aqui, os governos e administrações públicas), com alterações de contexto frequentes que não deixam a quem tem de decidir tempo ou espaço para tomar as melhores opções tendo em vista o interesse público.

Neste contexto, cristalizar os motivos que podem levar a uma não adjudicação, parece-nos, pelo menos em tese, poder prejudicar o interesse público, pois o que hoje parece seguro ou um dado adquirido, amanhã pode já não o ser.

Reconhece-se o perigo que tal posição pode representar nas “mãos erradas”. Com efeito, permitir discricionariedade administrativa em decisões com esta delicadeza pode sempre – assumamo-lo – resultar numa

utilização abusiva de tal pretensão de direito, podendo levar a entidade adjudicante a atuar em respeito de uns princípios e violando grosseiramente outros.

A chave para esta solução passa, no entanto, pela correta coordenação dos princípios basilares: para dar cobertura ao interesse público a que damos especialmente importância, não podem simplesmente ignorar-se os princípios da boa-fé, da transparência ou da estabilidade.

Assim como assume relevantíssimo papel o cumprimento escrupuloso do dever de fundamentação. Como se reconheceu no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 10 de outubro de 2013, acima citado, “*não houve uma decisão arbitrária de revogar a decisão de contratar, não se adjudicando a proposta da X. Diversamente, a Administração invocou um interesse público relevante, superveniente e fundamentou com dados concretos a razão pela qual a adjudicação à X lesava o interesse público e conduzia a uma contratação por um preço desproporcional relativamente ao fim do contrato*”.

Quer isto dizer que o fator essencial neste domínio é representado pelo dever de fundamentação. Se este já constitui um aspeto primordial de qualquer atuação administrativa, assume carácter quase divino caso a Administração pretenda não adjudicar um contrato sem recorrer a um dos motivos do n.º 1 do artigo 79.º do CCP: a fundamentação deve ser exaustiva mas clara, assente em sólidas bases legais, jurisprudenciais ou doutrinárias mas suficientemente concreta ou casuística. Só com esse esforço acrescido de fundamentação, aliás, poderão as entidades adjudicantes preencher os conceitos indeterminados que, inevitavelmente, surgem neste âmbito.

Diríamos assim, como súmula final, que em tempos de crise o interesse público ganha ainda maior acuidade. Se a contratação pública deve acomodar-se a este novo contexto, o alargamento cuidado, mas efetivo, de motivos de não adjudicação pode muito bem ser um dos temas em foco.

33 V. ob. cit., pp. 240-241.

34 Começando pela crise do *subprime* em 2007, passando pela crise das dívidas soberanas cujo epicentro em Portugal foi em 2011, e terminando com o impacto ainda não medido da crise da pandemia de COVID-19.

32 *Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, 3ª edição, Almedina, 1996, pág. 639, em anotação ao artigo 135º.

Bibliografia

LEBRE DE FREITAS, Duarte – “O recurso a Arbitragem para a apreciação de atos administrativos proferidos no âmbito de contratos de concessão”, in *Mediação e Arbitragem na Administração Pública – Brasil e Portugal*, Almedina, 2020, pp. 393-407

CORREIA, José Matos; LEBRE DE FREITAS, Duarte – “A autonomia financeira dos serviços municipalizados (e intermunicipalizados), em *Estudos em Homenagem a Rui Pena*”, pp. 591-614, Almedina, 2019

TAVARES, Gonçalo Guerra; LEBRE DE FREITAS, Duarte – “The international Comparative Legal Guide to: Public Procurement 2011”, Portugal Chapter, em *Global Legal Group*, pp. 164-169, 2011

LEBRE DE FREITAS, Duarte – “Privacidade de materiais de avaliação e os deveres de “administração aberta”” – Published article in *PSIS 21 Revista Oficial da Ordem dos Psicólogos Portugueses*