

A Decisão de Contratar e o Dever de Adjudicação

Fernando Batista

Jurista

O interesse público é satisfeito, de forma cada vez mais abrangente, através da celebração de contratos com operadores económicos, o que faz com que a Administração Pública prossiga grande parte das suas atribuições através do recurso à via contratual. De resto, esta faceta contratualizante da Administração encontra-se materializada no artigo 278.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro (seguidamente referido apenas por CCP).

Como sabemos, a Administração Pública lança procedimentos pré-contratuais (também denominados procedimentos adjudicatórios) para satisfação de necessidades públicas que não podem ser concretizadas através de meios próprios.

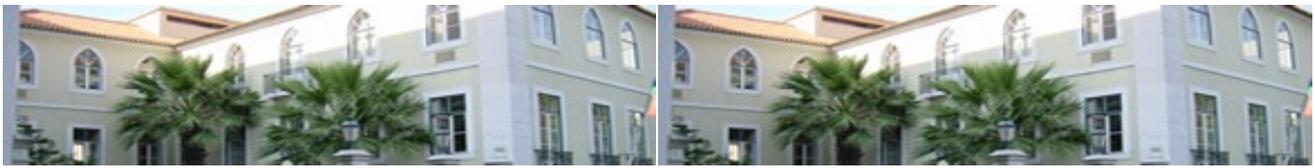
Neste artigo vamos discorrer, necessariamente de forma ligeira, sobre a tomada de decisão de contratar e a consequência que essa decisão, após ser dada a conhecer aos interessados, acarreta para a entidade adjudicante.

Conforme dispõe o artigo 36.º do CCP, o procedimento pré-contratual tem o seu início quando o órgão competente toma a decisão de contratar.

Sempre que o contrato a celebrar originar uma despesa pública, o órgão competente para a decisão de contratar será aquele que tenha competência, própria, delegada ou subdelegada, para aprovar a respetiva despesa. Nesta perspetiva, no momento da decisão de contratar, o órgão competente deverá igualmente aprovar a despesa máxima do contrato a celebrar, a qual terá necessariamente de se encontrar previamente cabimentada, por aplicação do disposto no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de julho.

Se o contrato a celebrar não originar uma despesa pública, a decisão de contratar caberá ao órgão da entidade adjudicante que for competente para o efeito nos termos da respetiva Lei Orgânica ou dos seus estatutos (artigo 36.º n.º 2 do CCP).

Defendemos que, no que à competência delegada e subdelegada diz respeito, não é possível autorizar uma despesa para efeitos de lançamento do procedimento pré-



contratual enquanto o respetivo despacho de delegação ou subdelegação de competências não se encontrar publicado no Diário da República, nos termos gerais estabelecidos no Código do Procedimento Administrativo, porquanto é obrigatória a menção dessa publicação, quer no convite, quer nos programas do procedimento (sobre esta questão importa ver os artigos 115.º n.º 1 alínea b), 132.º n.º 1 alínea c) e 164.º n.º 1 alínea c), todos do CCP).

A decisão de contratar, que pode estar implícita na decisão de autorização da despesa inerente ao contrato a celebrar, deverá ser acompanhada por outros atos praticados pelo órgão competente para tal, como sejam os da aprovação do procedimento adotado (artigo 38.º do CCP), da aprovação das peças do procedimento (artigo 40.º n.º 2 do CCP) e da designação do júri¹ (artigo 67.º do CCP).

Quando a decisão de contratar é dada a conhecer aos interessados, através do convite no procedimento de ajuste direto, ou do anúncio publicado no Diário da República (e eventualmente no Jornal Oficial da União Europeia) nos demais procedimentos, estamos perante uma verdadeira manifestação de vontade contratual que vincula a entidade adjudicante não podendo esta, através do exercício de um mero poder discricionário, deixar de adjudicar propostas válidas.

Daí que, no atual enquadramento legal, deixou de ser possível introduzir nos programas de procedimento uma cláusula de não adjudicação, situação que era frequente na vigência do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março.

Assim, a revogação da decisão de contratar, plasmada no artigo 80.º do CCP, é um poder vinculado da administração, podendo ser utilizado apenas na previsão legal de causas de não adjudicação, constantes do artigo 79.º n.º 1 do CCP.

Destas previsões destacamos a da não adjudicação quando *“por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento...”* e *“quando circunstâncias supervenientes (...) relativas aos pressupostos da decisão de contratar, o justifiquem”*.

Estas duas situações nada têm a ver com a validade das propostas, escorando-se tão-somente na estrita prossecução do interesse público. Mas, atenta a já referida vinculação em contratar (nas condições contratuais previamente fixadas no caderno

¹ Com exceção dos ajustes diretos em que se convida apenas um operador económico e no concurso público urgente



de encargos - vide artigo 42.º n.º 1 do CCP - preenchidas pela proposta a adjudicar), estas causas de não adjudicação impõem à entidade adjudicante o dever de indemnizar os concorrentes, cujas propostas não tenham sido excluídas, pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respetivas propostas, conforme estatuído no artigo 79.º n.º 4 do CCP.

Mas esta obrigação de indemnização suscita-nos duas questões sobre as quais importa refletir: a primeira prende-se com o facto de só poder requerer a indemnização o concorrente cuja proposta não tenha sido excluída. Ora, como sabemos, as propostas só são excluídas na parte final da análise das mesmas, pelo órgão competente para a decisão de contratar quando aprova o relatório final apresentado pelo júri (do qual consta a análise das propostas apresentadas e uma mera indicação de quais as que devem ser admitidas e excluídas), adjudica uma proposta - ou várias, no caso do objeto se encontrar dividido em lotes -, ou revoga a decisão de contratar por inaceitabilidade de todas as propostas. Só neste momento uma proposta é formalmente excluída, sendo certo que o projeto de exclusão já constava do relatório preliminar entretanto dado a conhecer aos concorrentes em sede de audiência prévia. A este propósito veja-se, por exemplo, os artigos 146.º n.º 2, 122.º n.º 2, 147.º e 148.º todos do CCP.

Se a revogação da decisão de contratar de que ora falamos, cuja causa nada tem a ver com as propostas, ocorre necessariamente antes da adjudicação, também ocorrerá com grande probabilidade antes de se terminar a fase da análise das propostas, e conseqüentemente, antes de se saber se as mesmas foram formalmente excluídas, já que não basta as mesmas conterem um vício que a lei ou o programa do procedimento faça cominar com a exclusão. Esta probabilidade, por razões óbvias, assume contornos quase absolutos quando a revogação da decisão de contratar ocorrer antes de terminar o prazo para a apresentação das propostas, conforme previsão no artigo 80.º n.º 2 do CCP (nesta última situação torna-se praticamente impraticável saber se as propostas deverão ou não ser excluídas uma vez que até à data limite de apresentação das propostas, as que já foram apresentadas na plataforma encontram-se encriptadas e o seu teor nunca será conhecido).

Assim, se no instante em que a revogação de contratar é tomada, as propostas ainda não foram excluídas, não se sabe quem pode requerer, ou não, o pedido de indemnização. Perante esta situação, existirão, a nosso ver, duas alternativas: ou



todos os concorrentes que apresentaram proposta podem requerer a referida indemnização, o que esvazia parte do normativo em causa, ou o júri, mesmo sabendo-se que o procedimento terminará com uma não adjudicação, deverá fazer um relatório preliminar a propor a exclusão de propostas, caso constate que alguma delas enferme de algum vício suscetível de provocar a sua exclusão.

A segunda questão diz respeito ao “*quantum*” indemnizatório a que os concorrentes terão direito. Não restam dúvidas que o ónus da prova sobre os custos comprovadamente tidos com a elaboração das propostas recai sobre os concorrentes requerentes. O problema que se poderá colocar é sobre a razoabilidade desses custos, uma vez que não existe nenhum critério objetivo para a sua determinação. Assim, sempre que os custos apurados se mostrarem desrazoáveis, mesmo que comprovados, entendemos que a Administração não deverá proceder ao respetivo pagamento até sentença judicial nesse sentido.

Se o procedimento já se encontrar em curso, por o órgão competente para a decisão de contratar já ter praticado o ato decisório do início do procedimento (recuperamos o disposto no artigo 36.º n.º 1 do CCP), mas aquele ainda não tiver sido dado a conhecer aos potenciais interessados - isto é, ainda não tiver sido enviado convite ou publicado anúncio - sufragamos, salvo melhor opinião, que não estamos ainda perante uma verdadeira declaração negocial eficaz por parte da Administração, ou se quisermos, não estamos perante uma verdadeira proposta negocial vinculativa para a Administração, aplicando-se, nesta matéria, por analogia, o disposto no artigo 224.º n.º 1 do Código Civil, segundo o qual, quando a declaração negocial tiver mais do que um destinatário torna-se eficaz logo que a vontade do declarante se manifesta na forma adequada.

Em consequência, entendemos que nas situações em que a decisão de contratar ainda não tenha sido dada a conhecer aos potenciais interessados, não existe ainda o dever de adjudicação, não obstante já nos encontrarmos num procedimento pré-contratual. Mas se o procedimento já teve o seu início, então terá o mesmo de ser finalizado com uma revogação da decisão de contratar, nos termos do artigo 80.º n.º 2 do CCP.

Não existindo causas de não adjudicação, a entidade adjudicante está vinculada a adjudicar e a fazê-lo dentro de determinado prazo, à única proposta apresentada,



desde que válida, ou a escolher de entre todas as admitidas, pela aplicação do critério de adjudicação ao(s) atributo(s) das propostas apresentadas, a melhor delas. Tal decorre do artigo 76.º do CCP, cuja epígrafe é precisamente o “*dever de adjudicação*”, segundo o qual “...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”.

Se, porventura, a decisão de adjudicação não tiver sido tomada dentro do referido prazo, terá de existir uma fundamentação no processo sobre os motivos pelos quais a Administração não foi célere (artigo 76.º n.º 2 do CCP), e ainda que existam, o adjudicatário pode recusar-se a celebrar contrato (uma vez que já não se encontra vinculado à sua proposta) tendo, neste caso, o direito a ser indemnizado, a seu pedido, sobre os custos em que comprovadamente incorreu com a elaboração da sua proposta (artigo 76.º n.ºs 2 e 3 do CCP).

Apesar do CCP ser omissivo, se o adjudicatário se recusar a celebrar contrato, entendemos que existirá o dever de adjudicar a proposta classificada em lugar subsequente, podendo também o novo adjudicatário recusar-se a celebrar contrato e pedir indemnização.

Por esse motivo, é de extrema relevância o respeito pelo prazo de obrigação de manutenção de propostas (se outro superior não for fixado será de 66 dias úteis, pela conjugação do artigo 65.º e 470.º n.º 1 do CCP) para a notificação da decisão de adjudicação, sob pena de se correr o risco de não se contratar com a melhor proposta, ou pura e simplesmente não se contratar existindo propostas válidas, com a agravante de se ter de indemnizar o(s) adjudicatário(s) pelos custos com a elaboração das suas propostas.

Boletim Informativo n.º 15, junho 2014