

# CADERNOS SÉRVULO

DE CONTRATOS PÚBLICOS

# 01/2015

COLEÇÃO SÉRVULO

## A EXCLUSÃO DE PROPOSTAS PREVISTA NA ALÍNEA F) DO N.º 2 DO ARTIGO 70.º DO CCP COMO MEIO ALTERNATIVO DE PROTEÇÃO DA ENTIDADE ADJUDICANTE CONTRA PROPOSTAS DE PREÇO ANORMALMENTE BAIXO

**PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ**

*Advogado, Investigador Doutorando do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*



*No atual momento de crise financeira, observa-se um considerável aumento dos casos de empresas que, em situação de debilidade, encontram na celebração de contratos públicos a derradeira esperança de sobrevivência e arriscam executar os contratos com preços abaixo de custo, deixando as entidades adjudicantes carentes de mecanismos de defesa contra propostas aventureiras ou não sérias.*

*Não são raras as ocasiões em que o diálogo aberto ao abrigo dos n.os 3 e 4 do artigo 71.º do Código dos Contratos Públicos, destinado ao esclarecimento justificativo da apresentação de um preço anormalmente baixo – em que o proponente deve demonstrar que o preço proposto não é abaixo de custo e, logo, que tal preço não é anómalo –, revela que a redução do preço foi obtida através da não consideração de custos juridicamente obrigatórios.*

*O presente estudo discute a possibilidade de recurso à cláusula prevista na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos, que determina a exclusão das “propostas cuja análise revele [...] que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis”, nos casos em que os elementos constantes da proposta ou os esclarecimentos posteriormente prestados pelo concorrente permitam demonstrar que este pretende obter uma redução de preços através da violação de normas jurídicas vinculativas para as partes, nos âmbitos social, laboral, ambiental ou outros, independentemente de tais normas terem ou não sido referidas nas peças do procedimento.*

*In the current financial crisis there has been a considerable increase of tenderers that, in a position of near insolvency, see the award of public contracts as a final opportunity to survive, risking executing contracts at below-cost prices and thereby leaving contracting authorities vulnerable to proposals that are hazardous or unsound.*

*The open dialogue process set forth under Article 71 (3, 4) of the Portuguese Public Contracts Code – aiming to justify the presentation of abnormally low tenders, where the tenderer must demonstrate that its prices are not below-cost (and therefore not anomalous) –, often reveals that these financial conditions are in fact reached without consideration of the legally binding costs.*

*This paper discusses the possibility of resorting to Article 70 (2) (f) of the Public Contracts Code, which determines the exclusion of proposals which, following analysis, are revealed to be in breach of any binding laws or applicable regulations, should the contract be celebrated. The recourse to the said clause is permitted when the elements included in the tender or in the subsequent clarifications demonstrate that the tenderer intends to obtain a reduction of costs by breaching legal or administrative provisions (social, labor, environmental or other) that are binding to the parties, regardless of whether these provisions have been included in the procurement documents.*



## # 1

### ENUNCIÇÃO INICIAL DO ALCANCE DE UMA CLÁUSULA AUTÓNOMA DE EXCLUSÃO DE PROPOSTAS DESTINADA À PROTEÇÃO DO BLOCO DE JURIDICIDADE

1. A legislação portuguesa de contratação pública não deixa as entidades adjudicantes totalmente indefesas contra operadores económicos *aventureiros*<sup>1</sup> que arriscam apresentar propostas com preços excessivamente baixos, insuficientes para remunerarem as prestações constitutivas do objeto contratual: o complexo normativo emergente da alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º, da alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º e do artigo 71.º do Código dos Contratos Públicos (“CCP”) permite às entidades adjudicantes excluírem propostas cujos autores não esclarecem, ou esclarecem insuficientemente, as suspeitas quanto a um preço julgado anómalo, que, em caso de adjudicação, poderia acabar prejudicando a correta execução do contrato, por deixar o contraente privado destituído da necessária liquidez financeira para cumprir pontualmente as suas obrigações<sup>2</sup>.

Contudo, a experiência recente tem revelado que – obrigadas a cumprir as cautelas que vêm sendo impostas pela jurisprudência comunitária quanto às garantias a oferecer aos operadores que propõem preços anormalmente baixos<sup>3</sup> – as entidades adjudicantes experimentam consideráveis dificuldades com a apreciação de esclarecimentos duvidosos que, não obstante a sua incompletude, não dispensam a Administração de manter um (*sub*)procedimento *contraditório*, o qual só pode terminar com a exclusão de uma proposta no caso de esgotamento das oportunidades dadas ao seu autor para cabal justificação do preço oferecido<sup>4</sup>.

2. É perante as dificuldades suscitadas por este comportamento suspeito adotado por um relevante universo de operadores económicos – universo atualmente aumentado, num momento de severa crise financeira, por empresas que, em situação de debilidade, encontram nos procedimentos de formação de contratos públicos a derradeira esperança de sobrevivência e arriscam executar contratos com preços abaixo de custo<sup>5</sup> – que se mostra especialmente decisiva a possibilidade de recurso a uma outra causa de exclusão de propostas prevista na legislação portuguesa, suscetível de munir a entidade adjudicante com um mecanismo adicional de defesa contra propostas aventureiras ou não sérias.

<sup>1</sup> Cfr. GRITH SKOVGAARD ØLYKKE, *Abnormally Low Tenders with an Emphasis on Public Tenderers*, Djøf, Copenhagen, 2010, pp. 119-120.

<sup>2</sup> Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “As Propostas de Preço Anormalmente Baixo”, in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 89-90.

<sup>3</sup> Jurisprudência desenvolvida, em especial, desde o conhecido Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de novembro de 2001 (Processos apensos C-285/99 e C-286/99 – *Lombardini/Mantovani*); com desenvolvimento, v. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “As Propostas...”, cit., pp. 111 e segs. e 122 e segs..

<sup>4</sup> Sobre o sentido deste “*contraditório dirigido*”, que só pode decorrer no caso de a entidade adjudicante conseguir identificar os “pontos precisos da proposta que lhe suscitam suspeitas concretas”, *ibidem*, pp. 139-140.

<sup>5</sup> V. já, antes da crise atual, ALEIX CALVERAS / JUAN-JOSE GANUZA / ESTHER HAUKE, “Wild Bids. Gambling for Resurrection in Procurement Contracts”, in *Journal of Regulatory Economics*, 26, n.º 1 (2004), pp. 41 e segs..



Com efeito, sem prejuízo da cláusula de exclusão de propostas de preço abaixo de custo presente na alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, a entidade adjudicante pode mesmo ser dispensada de iniciar o procedimento de contraditório previsto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 71.º, destinado a confirmar ou a infirmar os indícios relativos à possível formação ilícita do preço proposto, nos casos em que a proposta analisada se subsuma na previsão da cláusula – autónoma e não confundível com a anterior – constante da alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º.

Determina-se, nesta disposição, que “*são excluídas as propostas cuja análise revele [...] que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis*”.

Por esta via, são convocadas para a operação de confirmação da aceitabilidade de uma proposta todas as normas que integram o ordenamento jurídico e que são suscetíveis de parametrizar o conteúdo do “contrato a celebrar”. Assim se alarga, de modo muito significativo, o universo de fontes de que a entidade adjudicante se socorre para averiguar a suscetibilidade de escolha de uma dada proposta como base para a formação do contrato que pretende celebrar, o que faz contrastar esta cláusula com a maioria – embora não com todas – das cláusulas de exclusão de propostas previstas nos artigos 70.º, n.º 2, ou 146.º, n.º 2, do CCP, as quais geralmente pressupõem um confronto limitado entre a proposta analisada e as disposições das peças do procedimento ou, no limite, com as disposições do próprio CCP e de diplomas avulsos que disciplinam a matéria de contratação pública, sem, contudo, abrirem a porta para a verificação do cumprimento de exigências normativas situadas em planos diversos do ordenamento jurídico, como os planos social, laboral ou ambiental.

Em suma, embora frequentemente subvalorizada pelos operadores jurídicos, a cláusula de exclusão de propostas prevista na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP assume um relevante protagonismo no alargamento do universo de parâmetros que apoiam a entidade adjudicante na formulação de juízos de aceitabilidade de propostas.

3. Não é de estranhar esta solução legislativa. Se é certo que o caderno de encargos se assume como projeto contratual imperativo cujo desrespeito determina a exclusão da proposta afetada, ele encontra-se longe de ser o parâmetro único de aceitabilidade de uma proposta; afinal, tal caderno é uma simples peça procedimental que se enquadra no *bloco de legalidade* – *rectius*, de *juridicidade* – vigente no ordenamento jurídico<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Sobre a composição do *bloco de juridicidade* que vincula a atuação administrativa, com um alcance mais amplo do que o sentido tradicionalmente atribuído ao *princípio da legalidade* em sentido estrito – e mais amplo do que o próprio “bloco de legalidade” que HAURIU celebrou –, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “O Ordenamento Jurídico Administrativo Português”, in *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986, pp. 41 e 56; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 286-287; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Da Justiça Administrativa em Portugal: Sua Origem e Evolução*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1994, pp. 634 e segs.; BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (Défice de) Controlo da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lex, Lisboa, 1995, pp. 74-75; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 56.



De facto, quando aprecia a aceitabilidade da proposta e a compara com o caderno de encargos, o júri não pode encarar este último documento como um corpo estranho no ordenamento jurídico, procedendo à sua aplicação de modo isolado e autónomo. Pelo contrário, sabe-se que, “perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primordialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor”<sup>7</sup>.

É por isso que a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, que determina a exclusão da proposta por violação do caderno de encargos, tem de ser interpretada conjugadamente com o disposto na alínea *f*) do mesmo número: a proposta é igualmente excluída quando o seu teor se revela *desconforme com qualquer vinculação legal ou regulamentar aplicável*, o que implicaria, no caso da adjudicação, a celebração de um *contrato ilegal*.

Por exemplo, tal pode suceder, em primeiro lugar, quando – por um lapso da entidade adjudicante – é um limite imperativo do próprio caderno de encargos que se revela desconforme com uma norma legal ou regulamentar vigente, sendo menos exigente do que esta última. Nesse cenário, o parâmetro de aceitabilidade da proposta, por ser constituído pelo bloco de juridicidade vigente, e não apenas pelo caderno de encargos, não dispensa o respeito pelas exigências que a própria entidade adjudicante preteriu. Sob pena de a elaboração de peças procedimentais de teor inválido representar o pretexto para a desvinculação dos concorrentes em face do bloco de juridicidade, a circunstância de se verificar, no momento de análise das propostas, que existe uma desconformidade entre uma disposição particular do procedimento e uma disposição legal ou regulamentar tem de ser resolvida, pela entidade adjudicante, de acordo com os critérios gerais de resolução de antinomias no ordenamento jurídico – incluindo o critério hierárquico: *lex superior derogat legi inferiori* –, pelo que a aceitabilidade da proposta será julgada em razão da sua conformidade ou desconformidade com a norma que beneficie de preferência aplicativa no ordenamento.

Mas a inaceitabilidade da proposta pode também resultar da informação que nela o concorrente inscreve quando apresenta um atributo ou um termo ou condição que, direta ou indiretamente, indicia ou comprova a violação de uma vinculação legal ou regulamentar. A função que a referida alínea *f*) do n.º 2 do artigo 70.º exerce nestes casos consiste em apelar a todo o bloco da juridicidade como parâmetro de aceitabilidade da proposta, exigindo a sua exclusão no caso de violação de uma vinculação legal ou regulamentar aplicável.

<sup>7</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Introdução à Edição Portuguesa – Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (de Claus-Wilhelm Canaris), Lisboa, 1989, pág. CXI.

## # 2

### PROBLEMAS NA DELIMITAÇÃO DO ALCANCE DESTA CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE PROPOSTAS

4. É à luz deste enquadramento inicial que se procede à averiguação de qual é o regime jurídico aplicável aos casos em que esteja verificado o seguinte pressuposto: o de que se haja demonstrado *objetivamente, à luz da informação que consta dos respetivos documentos* – dos documentos iniciais ou de posteriores esclarecimentos prestados nos termos do artigo 72.º do CCP –, que uma dada proposta, no caso de sobre ela recair a adjudicação, *daria origem à celebração de um contrato cujo preço seria inferior ao montante necessário para que o adjudicatário cobrisse rigorosamente todos os custos decorrentes de normas legais ou regulamentares vinculativas e aplicáveis a tal contrato.*

É, sublinhe-se, este pressuposto que se dá como adquirido para o estudo que se segue: as suas conclusões só são aplicáveis nos cenários fácticos em que a entidade adjudicante haja determinado, *com absoluta segurança*, baseada nos elementos constantes de uma proposta, que os custos cuja satisfação é exigida pelas normas jurídicas aplicáveis ao contrato que se visa celebrar, constantes de fontes vinculativas para as partes, sejam elas expressamente previstas ou não nas peças do procedimento, *não podem ser cobertos pelo preço proposto.*

5. Ora, as observações iniciais acerca do sentido da cláusula prevista na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º não são, só por si, suficientes para a resposta à questão agora colocada, nem a redação escolhida pelo legislador dissipa imediatamente todas as dúvidas acerca do alcance do poder-dever administrativo de apelo a normas legais e regulamentares como motivo para a exclusão de uma proposta.

a) É que, contra um entendimento demasiado amplo atribuído a essa cláusula, pode ser replicado, primeiro, que a própria exigência de estrita limitação da atividade das entidades públicas de acordo com o princípio da *legalidade das competências e das atribuições* – segundo o qual cada ato só pode ser praticado dentro do conjunto de poderes funcionais que a lei, diretamente ou através de regulamento, confere a um dado órgão para a prossecução das atribuições de uma pessoa coletiva formal ou materialmente pública<sup>8</sup> – prejudica a possibilidade de uma entidade adjudicante, dotada de um conjunto de atribuições para cuja prossecução pretende celebrar um contrato, proceder à fiscalização das atividades ou do modelo interno de negócio que o seu cocontratante haja implementado para o cumprimento das prestações contratuais a que se vincula. Tal convolução da entidade adjudicante numa entidade fiscalizadora-reguladora da conduta dos particulares que consigo contratam poderia conduzi-la ao exercício de tarefas que extravasam o universo de atribuições que lhe foi legalmente cometido.

<sup>8</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., I, 3.ª ed., 2006, pp. 776 e 780; noutra perspetiva, a propósito de uma *reserva total de norma jurídica* para fixação das competências dos órgãos administrativos, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pp. 286 e segs..



Ilustrando com o caso de uma proposta de celebração de um contrato para cuja execução o seu cocontratante se propusesse desrespeitar os valores mínimos de retribuição de trabalhadores fixadas em normas legais, regulamentares ou de contratação coletiva aplicáveis, questiona-se se a decisão de exclusão dessa proposta, quando baseada nesse fundamento exterior à disciplina própria da contratação pública, não poderia ser entendida como um fenómeno de exercício, pela entidade adjudicante, de funções de fiscalização do cumprimento da legislação laboral que foram reservadas a outras entidades públicas e que não cabem no seu feixe de atribuições.

b) Como segundo obstáculo a este entendimento, poderia igualmente alegar-se que a própria redação escolhida para a alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP indica que não é a verificação de qualquer ilegalidade no teor de uma proposta contratual que se mostra relevante para efeitos da sua inaceitabilidade contratual, mas somente aquela ilegalidade que se projete na regulação das futuras relações contratuais entre entidade adjudicante e adjudicatário (“[...] o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis [...]”). Poderia, pois, em face dessa redação, sugerir-se que o legislador não autoriza, é certo, que a entidade adjudicante se adentre numa relação contratual cujas prestações são definidas em contravenção com o bloco de juridicidade; mas não pressupõe já que caiba à entidade adjudicante imiscuir-se no modelo de negócio do seu parceiro ou, até, determinar o modo como se processam as relações (remuneratórias ou outras) entre o seu cocontratante e o respetivo pessoal ou terceiros que participam na execução do contrato.

Dir-se-ia então que a *fiscalização da legalidade* das cláusulas contratuais propostas por cada concorrente, a que a entidade adjudicante é autorizada ao abrigo daquela alínea f), se reduz àquilo que rigorosamente se reconduz ao objeto e ao conteúdo de um contrato – a saber, a fixação das prestações contratuais e dos direitos e obrigações recíprocos assumidos pelas partes.

c) Poderia alegar-se, enfim, que, se viesse a deparar-se com uma conduta ilícita do seu cocontratante no momento da efetiva execução das prestações contratuais, à entidade adjudicante caberia, quando muito, lançar mão dos instrumentos sancionatórios – pecuniários ou relativos à resolução do contrato – previstos para os casos de violação de deveres fixados no contrato, sempre que a ilicitude se enquadrasse numa das cláusulas contratuais sancionatórias; mas, quando a ilicitude detetada extravasasse tais cláusulas – não sendo então abrangida pelo poder sancionatório do contraente público a que se referem a alínea d) do artigo 302.º e o artigo 329.º do CCP –, caber-lhe-ia unicamente, no âmbito do seu papel de promoção ativa da legalidade (n.º 2 do artigo 266.º da Constituição e artigo 286.º, *in fine*, do CCP), tomar a iniciativa de proceder à participação da atividade ilícita que detetou junto da entidade pública competente para a sua fiscalização e repressão<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Note-se, por exemplo, o dever de participação da entidade adjudicante à Autoridade da Concorrência ou ao Instituto da Construção e do Imobiliário, previsto no n.º 3 do artigo 70.º, para o caso de verificação das causas de exclusão de propostas elencadas nas alíneas e) e g) do n.º 2 do mesmo artigo. Sobre a compatibilização entre este dever de participação e o (prévio) dever de exclusão da proposta afetada por uma dada ilicitude, v. *infra*.



Em qualquer caso, seguramente não seria no *momento da formação do contrato* e da determinação inicial das suas prestações que caberia à entidade adjudicante o condicionamento da atividade dos prospetivos cocontratantes, não sendo os elementos comprovativos de uma conduta ilícita – salvo, naturalmente, quando esta se refletisse num impedimento previsto no artigo 55.º do CCP ou noutra norma com força de lei – fundamento bastante para o descarte de propostas, desde que estas projetassem um contrato legalmente irrepreensível no tocante à configuração das suas prestações e dos direitos e obrigações das partes.

6. Em suma, os obstáculos elencados poderiam suscitar dúvidas quanto à suscetibilidade de invocação da alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP para a exclusão de propostas com fundamento na incompatibilidade – objetivamente demonstrada – do preço proposto com o somatório dos custos obrigatórios emergentes de normas legais ou regulamentares vinculativas para o concorrente.



### # 3

## A DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO DOS DEVERES DA ENTIDADE ADJUDICANTE NO CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NA ALÍNEA F) DO N.º 2 DO ARTIGO 70.º DO CCP: O SEU ENQUADRAMENTO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

7. A resolução das dúvidas suscitadas e a determinação do alcance dos poderes-deveres das entidades adjudicantes no controlo antecipado da legalidade dos contratos que se propõem celebrar dependem essencialmente da correta compreensão do conteúdo de um dos princípios jurídicos que serve como trave-mestra da atuação de uma Administração Pública própria de um Estado de Direito.

Pode afirmar-se, sem exagero, que hoje constitui já um lugar-comum a ideia de que o *princípio da legalidade*, acolhido pelo n.º 2 do artigo 266.º da Constituição, deixou de erguer-se como mero *limite negativo* ou baliza da conduta administrativa para surgir como seu *fundamento positivo*<sup>10</sup>. Quando se concretiza no subprincípio da *preferência de lei* (*Vorrang des Gesetzes*), este princípio determina que uma norma com força e forma de lei seja aplicada à resolução das situações da vida com preferência e em detrimento de qualquer solução (normativa ou individual e concreta) que a Administração elabore em contrariedade com a própria lei<sup>11</sup>; mas, quando se concretiza no subprincípio da *precedência de lei* (*Vorbehalt des Gesetzes*), tal trave-mestra do Estado de Direito reclama já, com um superior grau de exigência, que nenhuma atuação administrativa possa ter lugar sem que seja precedida, diretamente ou por via regulamentar, por uma norma legal habilitante<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., 2 vols., Coimbra Editora, Coimbra, 2007-2010, II, pp. 798-799; FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., II, pp. 51 e 59; PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 380-381.

<sup>11</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 1999, p. 30. Sobre o fundamento desta preferência aplicativa da lei, que reside na sua superior força formal negativa – nunca pode ser contrariada por um ato dotado de dignidade formal inferior –, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 242.

<sup>12</sup> Cfr. MARIA DA GLÓRIA GARCIA / ANTÓNIO CORTÊS, “Artigo 266.º”, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, III, 1.ª ed., 2007, p. 561; MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Introdução e Princípios Fundamentais*, I, 2.ª ed., Dom Quixote, Lisboa, 2006, I, p. 157. No dizer de PAULO OTERO, *Manual...*, cit., I, p. 367: “em termos materiais e procedimentais, a Administração Pública só pode fazer aquilo que resulta permitido pelas normas, equivalendo o silêncio destas a uma regra de proibição de agir: ao invés dos privados, em que é lícito tudo aquilo que não é proibido pelas normas, para a Administração Pública só é lícito aquilo que é permitido pelas normas”. Neste exato sentido, v. também FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., II, p. 51: “não há um poder livre de a Administração fazer o que bem entender, salvo quando a lei lho proibir; pelo contrário, vigora a regra de que a Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe permitir que faça”. Opõe-se, deste modo, o “*princípio da competência*” ao “*princípio da liberdade*” (*ibidem*): a Administração não se sujeita ao brocardo *permissum videtur in omne quod non prohibitum* (porque à Administração não é permitido praticar uma ação só porque esta lhe não é proibida), mas sim ao brocardo *quae non sunt permissa prohibita intelliguntur* (porque lhe é proibido tudo o que lhe não for permitido por lei ou por regulamento habilitado por lei).

Ao modelar rigorosamente a sua conduta de acordo com o conteúdo normativo destes dois subprincípios, a Administração encontra-se vinculada a se abster da elaboração de qualquer regulamento, da aprovação de qualquer ato, da celebração de qualquer contrato ou da execução de qualquer operação material que ofenda o bloco de juridicidade; mas, visto que a sua vinculação à legalidade é ativa e não passiva, exige-se-lhe, além disso, a iniciativa de adequar positivamente cada regulamento, ato, contrato ou operação material à normatividade que a parametriza, escolhendo, não *uma das soluções compatíveis* com a lei, mas – sem prejuízo da óbvia subsistência de uma margem de livre decisão nos casos em que a lei lha confira<sup>13</sup> – a solução que *melhor se conforma* com a lei<sup>14</sup>.

8. O conteúdo normativo do princípio da legalidade permite esclarecer a solução jurídica a aplicar aos casos em que a entidade adjudicante detete existir a *certeza objetiva* de que as prestações do contrato a celebrar, tal como foram configuradas na proposta a que o concorrente se *vinculou irrevogavelmente* (artigo 65.º do CCP), *não podem ser executadas sem que o adjudicatário incorra numa ilegalidade*.

É claro que as vinculações da Administração a um conteúdo tão exigente do princípio da legalidade não justificam a extravasagem das atribuições de cada entidade pública; afirmar que se requer da Administração uma postura ativa na promoção da legalidade não significa uma permissão para o exercício de funções que a lei lhe não cometeu. Mas nenhuma preterição do princípio da legalidade das competências e das atribuições existe quando uma entidade adjudicante, no exercício das responsabilidades inelimináveis de análise de propostas que o legislador lhe cometeu nos termos previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 70.º, no n.º 1 do artigo 124.º, no n.º 2 do artigo 146.º e nos n.ºs 1 e 4 do artigo 148.º do CCP, se depara com um conjunto de informações que lhe atestam, sem margem para dúvidas, que a adjudicação da proposta que tem em mãos conduziria à celebração de um contrato que não poderia ser executado sem desrespeito por normas legais ou regulamentares que vinculam uma ou ambas as partes. Nesse cenário, não existe uma função de fiscalização, regulação ou supervisão de um setor de atividade económica que a entidade adjudicante haja exorbitado; é o simples exercício de uma *competência de análise de propostas que a lei lhe conferiu* (o mesmo é dizer: não existe preterição da legalidade de competências) que lhe incute a certeza de que a adjudicação da proposta produz, inevitavelmente, a celebração de um contrato cuja execução se não conforma com o bloco de juridicidade a que a Administração se subordina.

<sup>13</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, cit., I, p. 175; FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., II, p. 63; e, com maior amplitude, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pp. 469 e segs.; BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (Défice de) Controlo...*, cit., pp. 26 e segs. e 105 e segs..

<sup>14</sup> Sobre a ideia de legalidade como exigência de conformidade e não de mera compatibilidade com a lei, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 20; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, pp. 86-87.



9. Sob esta luz, é possível responder à objeção segundo a qual o fundamento de exclusão previsto na alínea *f*) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP não reside numa qualquer ilegalidade que seja detetada pela entidade adjudicante, mas somente na ilegalidade “[*d*]o contrato a celebrar” no caso de a adjudicação recair sobre a proposta em análise. Há de reconhecer-se que não é, de facto, incorreto afirmar que a entidade adjudicante não encontrará um fundamento automático de exclusão só porque toma conhecimento, talvez até acidentalmente, de que existe algum aspeto da atividade do potencial cocontratante ou do seu modelo de negócio – possivelmente até alheio ao contrato que se pretende celebrar – que se não conforma com as “vinculações legais e regulamentares”. Tal como, aliás, indica a própria redação daquela alínea *f*), é possível que chegue ao conhecimento da entidade adjudicante a ocorrência de situações de desrespeito por “vinculações” que, porém, não são “aplicáveis” ao caso em apreço – entenda-se: não são aplicáveis ao contrato que se pretende celebrar –, não constituindo um parâmetro aceitável de decisão da entidade adjudicante. Semelhante alargamento do alcance da alínea *f*) e das pretensões fiscalizatórias da entidade adjudicante representaria, então sim, um incontrolável exercício de aumento das atribuições de cada entidade administrativa que inicia procedimentos de contratação pública, convolvendo-a em supervisora de âmbitos da atividade económica ou social privada cujo controlo a lei nunca lhe cometeu.

Contudo, em contrapartida, aquela alínea *f*) já permite – e impõe, sob pena de incumprimento do mandato que dela consta – que cada entidade adjudicante verifique se o teor da proposta contém, explícita ou até implicitamente, informações que demonstram que o *clausulado de um contrato* celebrado na sequência da adjudicação dessa proposta seria desconforme com as vinculações legais e regulamentares a que as partes estão sujeitas.

E compreende-se o sentido dessa solução. Embora tal já resultasse frequentemente de uma anterior prática (meritória) na contratação pública portuguesa, o CCP confirmou, em 2008, a ideia de que – tal como os demais documentos contratuais fundamentais produzidos ao longo de um procedimento pré-contratual – a proposta se integra formalmente no contrato celebrado após a sua adjudicação (artigo 96.º, n.º 2, alínea *d*)), prevalecendo, aliás, com exceção dos (limitadíssimos) ajustamentos autorizados pelo artigo 99.º, sobre o próprio teor do *clausulado* contratual que com ela seja incompatível (artigo 96.º, n.º 6). Isso implica que é tudo menos irrelevante a presença de qualquer ilegalidade no teor da proposta, sempre que esta incida sobre a *definição do conteúdo das prestações* ou sobre o *modo de execução*, e isto independentemente de ela afetar diretamente as relações entre entidade adjudicante e adjudicatário ou unicamente as relações entre este e terceiros. É que, evidentemente, essa definição, legal ou ilegal, é sempre, por força da lei, *automaticamente integrada no próprio contrato* que a entidade adjudicante celebra e ao qual vincula a sua atuação futura. Logo, a adjudicação de uma proposta ilegal equivale, em virtude da opção que o legislador fixou no artigo 96.º do CCP, à celebração de um contrato correspondentemente ilegal.

Por outras palavras: o regime de contratação pública determina *i*) que o concorrente só pode ver a sua proposta admitida e avaliada pela entidade adjudicante se assume o compromisso de aceitar incondicionalmente o inteiro conteúdo do caderno de encargos (artigo 57.º, n.º 1, alínea *a*), e Anexo I ao CCP); *ii*) que, porém, dentro das balizas fixadas pelo caderno de encargos, o concorrente obtém a margem de escolha para a apresentação dos seus próprios atributos e termos ou condições (artigos 56.º e 57.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*)); *iii*) que, por isso, o *clausulado* final representará o *casamento* entre o contrato e a proposta adjudicada (artigo 95.º, n.º 3, e 96.º, n.º 2); e *iv*) que só assim não será nos casos – de verificação pouco frequente – em que a entidade adjudicante observe que certos termos ou condições propostos pelo adjudicatário respondem a aspetos da execução do contrato não regulados pelo caderno de encargos

e que regulam o contrato de forma desnecessária ou desproporcionada às exigências da sua execução, caso em que pode aproveitar a proposta e celebrar o contrato sem precisar de impor a sua exclusão, limitando-se a suprimir aqueles termos e condições na fase de ajustamentos à minuta do contrato (artigo 96.º, n.º 4).

Se assim é, fora destes últimos casos previstos no n.º 4 do artigo 96.º do CCP, a entidade adjudicante perde a possibilidade de *modelação do conteúdo* de uma proposta que considera atrativa mas que verifica necessitar de alterações destinadas a suprimir aspetos desconformes com o bloco de juridicidade: fruto da regra da intangibilidade da proposta<sup>15</sup>, esta será *admitida ou excluída* tal qual como foi apresentada, não se encontrando na disponibilidade de qualquer das partes. Se for devida a sua exclusão em razão da ocorrência de alguma das causas previstas – entre outras situações – no n.º 2 do artigo 70.º ou no n.º 2 do artigo 146.º, a entidade adjudicante estará impedida de proceder à sua adjudicação; mas se, ao invés, não ocorrer uma causa de exclusão, a eventual adjudicação dessa proposta exige que ela seja integrada num contrato, tal qual como foi apresentada, com os méritos e inconvenientes que daí advenham.

Por conseguinte, torna-se até *descabido* sugerir que uma entidade adjudicante constitucionalmente subordinada ao princípio da legalidade (n.º 2 do artigo 266.º da Constituição) se encontra impedida de verificar a existência de uma ilegalidade numa proposta que analisa: em razão do dever de adjudicação a que se refere o n.º 1 do artigo 76.º do CCP, ela está obrigada a adjudicar essa proposta se ela for ordenada em primeiro lugar na sequência da aplicação do critério de adjudicação; e, subsequentemente, está também obrigada a outorgar o contrato que resulta da união da proposta adjudicada com o caderno de encargos (n.º 3 do artigo 95.º e n.º 4 do artigo 105.º do CCP). Esta linha argumentativa equivaleria, pois, a sustentar que a entidade adjudicante, ficando impedida de excluir uma proposta que sabe conter uma ilegalidade, se encontraria *vinculada à celebração de um contrato ilegal*.

10. Por este motivo, compreende-se que não seja sequer relevante alegar, contra tal entendimento, que a alínea *f*) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP esgota a sua aplicação nos aspetos da proposta que conformam o modo de execução do futuro contrato, tendo em conta que a redação escolhida pelo legislador reduz o poder-dever de exclusão de propostas aos casos em que estas fossem suscetíveis de dar origem a contratos cuja celebração propiciasse a violação do bloco de juridicidade.

Não se duvida de que esse é o alcance essencial do poder-dever criado por aquela alínea *f*). Não é aí que reside o equívoco de quem sustenta que tal poder-dever não abrange a exclusão de propostas cujo preço seja objetivamente inferior ao exigido para cobrir os custos vinculativamente resultantes de normas aplicáveis à execução de um contrato público. O erro que vicia esse entendimento reside na circunstância de se desperceber a *conexão* – que já não pode ser desfeita por quem pretende evitar a aplicação dessa alínea *f*) – entre a *ilegalidade de um aspeto de execução contratual constante de uma proposta* e a *ilegalidade consequente que afeta o contrato* celebrado na sequência da adjudicação dessa proposta.

<sup>15</sup> Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos...*, cit., I, pp. 76-80.



Essa conexão pode ser originada por duas vias.

a) Primeiro, pode suceder que o concorrente tenha *vertido explicitamente na sua proposta* uma condição contratual que é conflituante com normas legais ou regulamentares que o vinculam. Quando tal sucede, a referida circunstância de o contrato *integrar em bloco a proposta do adjudicatário* (artigo 96.º, n.º 2, alínea d)) implica, só por si, que a condição ilegal também *contaminará* o contrato. A entidade adjudicante que se abstém de excluir uma proposta que contém uma condição ilegal não dispõe de qualquer solução procedimental – salvo nos casos já descritos que podem ser abrangidos pelo n.º 4 do artigo 96.º – para evitar que essa condição seja acolhida pelo contrato e, logo, para evitar o vício deste último.

Perante esse cenário, é evidentemente desrazoável acenar com a possível diferenciação entre condições ilegais da proposta que incidem ou não incidem sobre o modo de execução das prestações contratuais: as condições foram acolhidas pelo contrato e, por isso mesmo, a entidade adjudicante dispôs-se – conscientemente, sabendo do vício em apreço – a celebrar um contrato de teor parcialmente ilegal, desconsiderando o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 284.º do CCP – o que configura um absurdo incomportável para uma entidade sujeita ao princípio da legalidade fixado pelo n.º 2 do artigo 266.º da Constituição.

b) Segundo, nos casos mais comuns, pode suceder que, embora a proposta não contenha direta e explicitamente uma condição de teor ilegal, a entidade adjudicante continue a verificar, com base no somatório das informações que dela constam, ser juridicamente impossível que o clausulado proposto satisfaça normas legais ou regulamentares vinculativas para ela própria ou para o proponente – por exemplo, por verificar ser matematicamente impossível que o preço proposto cubra custos laborais, ou outros, cuja satisfação é juridicamente obrigatória.

Neste segundo cenário, a alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP não deixa de ser igualmente aplicável: a entidade adjudicante terá confirmado *ser impossível ao proponente, no caso de obter a adjudicação, executar as obrigações que assume com o contrato sem violar o bloco de juridicidade*.

Com efeito, se o proponente se vincula a não reclamar da entidade adjudicante o pagamento de um preço superior ao indicado na proposta (salvo, obviamente, em situações de modificação contratual superveniente com fundamentos distintos deste) para cumprir todas as prestações a que se vincula com a celebração do contrato<sup>16</sup> e, em simultâneo, se demonstra objetivamente que as mesmas prestações não podem ser executadas, mediante o pagamento desse preço, sem que o prospetivo adjudicatário deixe por satisfazer um conjunto de custos a que se encontra juridicamente adstrito, a entidade adjudicante pode pois concluir que *o universo de obrigações a fixar pelo contrato cuja celebração se prepara para aceitar não pode ser cumprido sem violação da legalidade vigente*. Noutros termos: a entidade adjudicante sabe que, em face do teor da proposta que tem em mãos, *o contrato não pode ser celebrado sem que a execução das suas prestações dê origem a uma ilegalidade*.

<sup>16</sup> Recorde-se a definição do conceito de “preço contratual” prevista no n.º 1 do artigo 97.º do CCP e, bem assim, a delimitação do seu alcance operada pelos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo.

Também neste segundo cenário, não se vê como distinguir entre diferentes graus de ilegalidade de aspetos incluídos numa proposta, que justificariam a sua exclusão consoante se refletissem ou não na execução do contrato: é, justamente, nos termos escolhidos pelo legislador para a redação daquela alínea *f*), o teor da proposta, de modo explícito ou através da apreciação conjugada dos elementos que dela constam, que confirma que “o contrato a celebrar implicaria a violação de [...] vinculações legais ou regulamentares aplicáveis”, porque o universo de obrigações contratuais projetado na proposta foi configurado de tal forma que não pode ser executado sem desrespeito por tais vinculações.

Nesse sentido, nenhum exercício de violação da legalidade das competências ou atribuições administrativas será operado pela simples circunstância de uma entidade adjudicante se recusar a celebrar um contrato cujo teor sabe ser ilegal. Ao invés, além de incorrer na violação do disposto na alínea *f*) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, a conduta da entidade adjudicante que não determinasse a exclusão de uma proposta violadora do bloco de juridicidade implicaria, *in casu*, um outro vício, decorrente do valor específico que aquela alínea *f*) visa defender: ela acarretaria o abandono da função central de promoção da legalidade pressuposta pelo n.º 2 do artigo 266.º da Constituição, pelo n.º 1 do artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo (tanto do Código de 1991 como do novo Código de 2015) e pelo artigo 286.º do CCP.

11. Nem existe qualquer incoerência entre o reconhecimento desta competência de exclusão de propostas e o reconhecimento de um dever – adicional – de participação da conduta ilícita do proponente a entidades públicas especificamente competentes para a fiscalização ou supervisão de certos setores de atividade ou para o combate a um determinado universo de ilegalidades. É o próprio n.º 2 do artigo 70.º que alista outras causas de exclusão de propostas – aquelas previstas nas alíneas *e*) e *g*) – que dão origem à obrigação de comunicação “imediate” dos factos que justificaram a exclusão à Autoridade da Concorrência e, no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas, também ao Instituto da Construção e do Imobiliário (n.º 3 do artigo 70.º)<sup>17</sup>. É visível que a competência reservada a autoridades vocacionadas para a fiscalização e sanção de condutas ilícitas não prejudica que a entidade adjudicante exerça a sua própria competência – distinta e não confundível com aquelas –, a qual se resume a determinar se a proposta em análise é ou não suscetível de adjudicação. A outras entidades caberá determinar se a conduta do proponente justifica a aplicação de sanções contraordenacionais.

Do mesmo modo, a circunstância de a lei reservar a competência para o combate a práticas laborais ou sociais ilícitas a outras entidades especialmente vocacionadas para esse efeito não prejudica que a entidade adjudicante (na sequência do juízo inicial do júri do procedimento), no exercício da competência de análise da proposta, determine – unicamente – se a informação que dela consta permite confirmar objetivamente a ocorrência da situação prevista na alínea *f*) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

<sup>17</sup> A exclusão prevista na alínea *e*) dá ainda origem ao dever de comunicação à Comissão Europeia, desde que o procedimento tenha sido publicitado no *Jornal Oficial da União Europeia*, embora por motivos distintos, que se não prendem com qualquer intuito sancionador do proponente.



Em suma: como se escreveu já noutra local, “sempre que a informação constante da proposta permita detetar qualquer incompatibilidade com o bloco de legalidade vigente – independentemente de a respetiva fonte ser legal ou regulamentar –, a entidade adjudicante pode (e deve) de imediato formular um juízo de exclusão da proposta – sob pena de ela própria se constituir como «cúmplice» da ilegalidade que seria praticada no decurso da execução do contrato, violando pois o princípio da legalidade consagrado no n.º 2 do artigo 266.º da Constituição e no n.º 1 do artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo”, o que sucederá, “a título de exemplo, quando se verifique que o concorrente consegue propor um preço extraordinariamente competitivo em razão de recorrer ao pagamento, ao pessoal que venha a utilizar na execução do contrato, de uma remuneração inferior àquela que haja sido fixada pela própria lei ou por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho”, caso em que “a entidade adjudicante terá comprovado que «o contrato a celebrar» seria executado em violação, conforme o caso, de «disposições legais ou regulamentares aplicáveis», pelo que se encontra legalmente vinculada a impor a exclusão da proposta nos termos do disposto na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP”<sup>18</sup>.

Semelhante conclusão merece o aplauso da doutrina dominante, que – recorrendo à posição bem representativa de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA – não deixou de reconhecer que o legislador do CCP esteve “bem” ao deixar “claro que os atributos e termos e condições das propostas, e estas mesmas, além de conformes (ou compatíveis) com as exigências das peças do procedimento, devem ser também compatíveis com os preceitos imperativos da lei ou regulamento respeitantes às atividades a desenvolver ao abrigo do contrato em causa ou ao próprio regime legal dessa espécie ou género contratual”, o que, por exemplo, “significa ter de excluir-se [...] a proposta que apresente valores relativos a encargos sociais obrigatórios inferiores aos valores mínimos previstos na convenção coletiva de trabalho”<sup>19</sup>, tal como a jurisprudência portuguesa já havia firmado ainda antes de 2008<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Nestes termos, cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 321.

<sup>19</sup> Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa. Das Fontes às Garantias*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 939.

<sup>20</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 2 de junho de 2005 (Processo 748/05): “o conceito de inaceitabilidade reconduz-se neste caso, à ilegalidade da proposta (encargos com o pessoal inferiores ao mínimo constante da convenção coletiva de trabalho), o que determina a respetiva exclusão, sob pena de violação dos princípios da igualdade, imparcialidade e concorrência”.



## # 4

### CONFIRMAÇÃO JURÍDICO-COMUNITÁRIA QUANTO AO ALARGAMENTO DO PERFIL COMPETENCIAL DAS ENTIDADES ADJUDICANTES À PROSECUÇÃO DE POLÍTICAS SECUNDÁRIAS NO CONTEXTO DE PROCEDIMENTOS PRÉ-CONTRATUAIS

12. Diga-se, por último, no que estritamente concerne à verificação de casos de apresentação de propostas que pressupõem a violação de normas vinculativas no âmbito social ou laboral, que nem sequer é certa a ideia de que a definição de políticas remuneratórias ilegais pelas entidades privadas que contratam com a Administração Pública se manteria alheia à disciplina da contratação pública e extravasaria as atribuições próprias das entidades adjudicantes. É que a progressiva evolução do Direito Europeu dos Contratos Públicos levou à ampliação das hipóteses da *instrumentalização do regime de contratação pública* em benefício de políticas sociais, laborais ou ambientais que sejam definidas como relevantes pela norma comunitária<sup>21</sup>. Por outras palavras: passou a aceitar-se a ideia de que, embora o regime de contratação pública se destine primariamente ao duplo objetivo de promoção da concorrência num mercado interno e de seleção de uma proposta que satisfaça plenamente as necessidades de interesse público que a entidade adjudicante deseja prosseguir com a celebração do contrato<sup>22</sup>, a escolha da proposta a adjudicar pode ser também orientada, colateralmente, para o incentivo do mercado ao cumprimento de políticas públicas em áreas de relevo para o interesse comunitário, onde justamente se enquadram os setores sociais, laborais ou ambientais<sup>23</sup>. O ordenamento comunitário pressupõe, desse modo, que a entidade administrativa que pretende celebrar um contrato deve aproveitar a oportunidade que obterá ao se relacionar com o mercado para estimular o cumprimento de metas que extravasam os próprios objetivos imediatos que tem em vista com o contrato.

Esta estratégia de instrumentalização da contratação pública pode ser vista com maior ênfase na nova regulação comunitária aprovada em 2014, com a Diretiva n.º 2014/24/UE, em especial, a confirmar explicitamente que é objetivo estratégico do Direito dos Contratos Públicos “a integração adequada dos requisitos ambientais, sociais e laborais nos procedimentos de contratação pública”, sendo “particularmente importante que os Estados-Membros e as autoridades adjudicantes tomem as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das obrigações em matéria de direito ambiental, social e laboral aplicáveis no local onde as obras são executadas ou os serviços prestados,

<sup>21</sup> Com desenvolvimento, e entre tantos, cfr. SUE ARROWSMITH, “Application of the EC Treaty and Directives to Horizontal Policies: A Critical View”, in SUE ARROWSMITH / PETER KUNZLINK (org.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 147 e segs.; ROBERTO CARANTA / MARTIN TRYBUS (org.) *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Djof, Copenhagen, 2010, *passim*.

<sup>22</sup> Cfr., por todos, JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas...*, cit., I, pp. 262-263.

<sup>23</sup> Para estudo ampliado entre nós, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 417 e segs.. Num exemplo que esta Autora provê e que pode sintetizar perfeitamente as novas preocupações multipolares do ordenamento comunitário, “um contrato de empreitada de obra pública pode – melhor, deve – ser encarado como um meio não apenas de obtenção da obra pública em si mesma (permitindo a realização direta de determinado fim de interesse público [...]) mas também como um instrumento de prossecução de políticas públicas ambientais (por exemplo, exigindo-se do empreiteiro a utilização de materiais de construção amigos do ambiente) e de políticas públicas sociais (por exemplo, impondo-se ao empreiteiro a contratação de determinada percentagem de trabalhadores desempregados)” – *ibidem*, pp. 417-418. Ainda para desenvolvimento do tema, cfr. a dissertação de NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, Coimbra, 2013.



obrigações essas que decorrem de leis, regulamentos, decretos e decisões tanto a nível nacional como da União, bem como de convenções coletivas” (Considerando 37).

Mais importante, contudo, é notar qual o momento procedimental em que a entidade adjudicante deve tomar a iniciativa de assegurar o cumprimento destes requisitos vinculativos: sem prejuízo de “as obrigações em causa poder[em] constar das cláusulas contratuais” e de “ser igualmente possível incluir nos contratos públicos cláusulas que garantam a conformidade com convenções coletivas no respeito pelo direito da União”, requer-se que o seu incumprimento “seja passível de acarretar a exclusão desse operador do procedimento de adjudicação de um contrato público”: em particular, “o controlo da observância destas disposições ambientais, sociais e laborais deverá ser efetuado nas fases pertinentes do procedimento de contratação, ou seja, ao aplicar os princípios gerais que regem a escolha dos participantes e a adjudicação de contratos, ao aplicar os critérios de exclusão e ao aplicar as disposições relativas às propostas anormalmente baixas” (Considerandos 39 e 40).

E, no mesmo sentido, embora agora a propósito da exclusão de propostas com fundamento na apresentação de um preço anormalmente baixo, o legislador não deixou de voltar a esclarecer que “essa exclusão deverá ser obrigatória nos casos em que a autoridade adjudicante tenha determinado que o preço ou custos propostos anormalmente baixos resultam do incumprimento do Direito da União, ou direito nacional compatível com ela, nos domínios do direito social, laboral ou ambiental, ou de disposições internacionais em matéria de direito do trabalho” (Considerando 103).

O ordenamento comunitário confirma, portanto, o acerto da opção legislativa portuguesa. Neste sentido, nem sequer é razoável a sugestão de que a utilização da causa de exclusão prevista na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP para o descarte de propostas desrespeitadoras de normas vinculativas no plano do Direito Laboral implicaria a extravasação das competências reconhecidas a qualquer entidade adjudicante no seio de procedimentos de contratação pública. Ao invés, é por opção consensual dos ordenamentos europeu e português que a prossecução da tarefa pública específica de garantia do respeito pela normação laboral aplicável é cometida a qualquer entidade competente para a adjudicação de contratos públicos.

Por isso, na prossecução da competência de análise das propostas prevista nos n.ºs 1 e 2 do artigo 70.º, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 146.º e nos n.ºs 1 e 4 do artigo 148.º do CCP, ao júri, primeiro, e ao órgão da entidade adjudicante competente para a decisão de contratar, depois, incumbe (respetivamente) propor e determinar a exclusão de uma proposta cuja análise objetivamente revele conter um preço insuficiente para o cumprimento das vinculações legais e regulamentares aplicáveis à entidade adjudicante e, ou, ao proponente, incluindo as vinculações no âmbito laboral.



# CADERNOS SÉRVULO

DE CONTRATOS PÚBLICOS

Através da coleção “Cadernos Sérvulo” pretendemos tornar acessível por via eletrónica aos nossos clientes e parceiros, bem como à comunidade jurídica em geral, alguns textos que, nascidos do nosso exercício da advocacia, assumem uma dimensão que vai para além do caso concreto. Por isso mesmo, os “Cadernos Sérvulo” destinam-se a acolher trabalhos (ou parte deles) que, sem quebra do sigilo profissional nem relação com causas pendentes, aliem a vertente da investigação científica com a da relevância prática.

No domínio do Direito Público os “Cadernos Sérvulo” abrangem, entre outras áreas, as do Direito Administrativo Geral, do Direito dos Contratos Públicos, dos Direitos da Energia e do Urbanismo e do Contencioso Administrativo e Arbitragem. Mas isto sem esquecer que, nos nossos dias, o Direito Administrativo é “Direito Constitucional concretizado”.

Os trabalhos publicados vinculam apenas os respetivos autores que, através deles, procuram ordenar conhecimentos dispersos ou ir mais além, dando respostas inovatórias a velhos e novos reptos colocados pela prática do direito.

