

REVISTA DO OUT • DEZ 2016

MINISTÉRIO PÚBLICO 148

ANO 37

ESTUDOS & REFLEXÕES

José A. R. L. González

Usucapião e fracionamento de prédios rústicos

Patrícia Naré Agostinho

O regime legal da recusa de arguido condenado à recolha de amostra biológica para inserção na Base de Dados – perspectivas

Maria João Leote de Carvalho

Delinquência juvenil: conhecer os jovens e os territórios para situar as intervenções

Miguel Lucas Pires

Arbitragem administrativa e emprego público

Rui Marques

A maioria da Lei Geral Tributária como pedra angular do sistema tributário português

CRÍTICA DE JURISPRUDÊNCIA

Duarte Rodrigues Silva • Pedro Fernández Sánchez

Contributos para a densificação do conceito de preço anormalmente baixo no direito dos contratos públicos europeu e português

PRÁTICA JUDICIÁRIA • JUSTIÇA & HISTÓRIA • VÁRIA

Contributos para a densificação do conceito de preço anormalmente baixo no direito dos contratos públicos europeu e português

Duarte Rodrigues Silva

Mestre em Direito; Advogado

Pedro Fernández Sánchez

Doutor em Direito; Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Advogado

SUMÁRIO: I. Enquadramento legal europeu; II. A tendência jurisprudencial portuguesa recente; III. A concretização do conceito de preço anormalmente baixo; IV. Conclusões

(Preço anormalmente baixo – Contratos públicos – Cobertura de custos – Risco de incumprimento – Propostas não sérias)

I. ENQUADRAMENTO LEGAL EUROPEU

1. A matéria das propostas de preço anormalmente baixo, embora só recentemente tenha sido acolhida na legislação portuguesa, apresenta já um histórico longínquo no domínio da legislação europeia, embora nem sempre com igual destaque normativo.

Remontando à primeira diretiva comunitária sobre empreitadas de obras públicas — a Diretiva n.º 71/305/CEE, do Conselho, de 26/07 —, logo aí se encontrava no artigo 29.º, que elencava primacialmente os critérios de adjudicação possíveis, uma disposição sobre a matéria^[1].

[1] A primeira proposta do Conselho não se referia a este tema. Apenas no parecer do Conselho Económico e Social (65/187/CEE), publicado no J.O. 63/65, foi indicado, a propósito do artigo 28.º, “1. *Que le critère du prix le plus bas doit nécessairement s'entendre comme recouvrant la notion*

d'offre régulière la plus basse, la régularité devant s'apprécier à la lumière de la réglementation nationale et des prescriptions propres au marché considéré. / 2. *Que dans le cadre des procédures comportant attribution automatique du marché au moins disant la présomption qu'une faute ou une erreur a été commise*

par l'entrepreneur ne peut permettre de l'écarter avant qu'il ait été invité à fournir des explications.” Diga-se ainda que uma norma semelhante à que veio a ser adotada surgiu no artigo 25.º, n.º 5, da Diretiva n.º 77/62/CEE do Conselho, de 21/12/1976 (fornecimento de bens).

O seu n.º 5 dispunha que, se, em determinado concurso, as propostas **forem manifesta** e anormalmente baixas em relação à prestação, a entidade adjudicante analisará a sua composição e, para o efeito, pedirá ao concorrente as justificações necessárias^[2].

Posteriormente, em dezembro de 1986, aquando da proposta de alteração da Diretiva n.º 71/305/CEE, a Comissão Europeia expressou a sua preocupação pelo alastramento do fenómeno das propostas de preço anormalmente baixo e afirmou que, tipicamente, estas são apresentadas por empresas com dificuldades financeiras^[3]. De tal modo que na alteração operada pela Diretiva n.º 89/440/CEE, do Conselho, de 18/07, foi

[2] Esta norma inspirou, pelo menos, dois Acórdãos do TJUE. No primeiro, de 10/02/1982, C-76/81 (*Transpouste*), o Tribunal concluiu que, se uma entidade adjudicante considerar que uma proposta é manifestamente baixa em relação à prestação em causa, a Diretiva exige-lhe, ainda assim, que procure, junto do concorrente, e antes de decidir a adjudicação, uma explicação para os preços ou as prestações que considera anormalmente baixos, conferindo-lhe prazo razoável para o efeito, de modo a proteger os concorrentes contra a arbitrariedade das entidades adjudicantes. No segundo, de 22/06/1989, C-103/88 (*Fratelli Costanzo*), o Tribunal alcançou duas conclusões fundamentais: (i) que “o n.º 5 do artigo 29.º da Diretiva 71/305 do Conselho proíbe aos Estados-membros a aplicação de disposições que prevejam a exclusão oficiosa dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas de determinadas propostas, com base num critério matemático, em vez de impor à entidade adjudicante a aplicação do processo de análise contraditório previsto na diretiva”, cabendo aos tribunais nacionais a aplicação da norma da diretiva, e não as disposições nacionais que lhe sejam contrárias; (ii) que, diversamente do que se prevê na letra daquela dispo-

sição, “o n.º 5 do artigo 29.º da Diretiva 71/305 do Conselho permite aos Estados-membros que imponham a análise das propostas que lhes pareçam anormalmente baixas e não apenas das que o sejam manifestamente” (cfr. também Acórdão de 18/06/1991, C-295/89).

[3] Cfr. COM (86) 679 final, de 23/12/1986, p. 13, a propósito da proposta de um novo artigo 25.º. Nos termos aí indicados, as medidas propostas pretendiam autorizar os Estados-membros a introduzir na sua legislação uma obrigação de verificação das propostas de preço anormalmente baixo e a determinar que não poderia ser adjudicada uma proposta de preço anormalmente baixo a menos que “si elle est justifié par certaines particularités inhérentes à l'offre, au marché ou au soumissionnaire, et qui seules sont à même de justifier la validité de l'offre”. Entre as justificações admitidas previa-se: a economia dos processos de construção ou das soluções técnicas adotadas, as condições excepcionalmente favoráveis detidas pelo concorrente para a execução dos trabalhos ou a originalidade do projeto do concorrente.

Noutro plano, a propósito da proposta de diretiva relativa à contratação

nos setores excluídos (cfr. COM(88) 377 final), a Comissão expressou uma outra preocupação referente às propostas anormalmente baixas. Sobre a proposta de artigo 22.º, n.º 5, referiu-se que “constitui uma disposição particularmente importante, devido à diferença na base de cálculo dos custos que pode estar subjacente às propostas de outros Estados-membros. O objetivo de abertura dos mercados e de aquisições concorrenciais não seria atingido caso as propostas baixas mas sãs fossem rejeitadas por poderem, à primeira vista, ser consideradas anormalmente baixas e, por conseguinte, pouco dignas de crédito. O n.º 5 identifica os casos em que uma proposta aparentemente muito baixa não pode ser rejeitada. O n.º 5 refere igualmente que se as entidades adjudicantes considerarem que uma proposta muito baixa não é digna de crédito por se basear num auxílio estatal, a pode rejeitar. O principal objectivo dessa disposição é não tornar as entidades adjudicantes num instrumento de aplicação das normas do Tratado sobre auxílios estatais. É do seu interesse a existência de uma disposição expressa que lhes permita rejeitar essas propostas. Sem uma cláusula desse tipo, as entidades seriam obrigadas, nos termos do segundo parágrafo do n.º 5 («condições excepcionalmente

aditado o artigo 22.º-A dirigido especificamente à proteção das condições de trabalho^[4]. Por seu turno, no artigo 29.º, n.º 5, degradou-se a exigência relativa à percepção de uma proposta como anormalmente baixa: de propostas que *sejam manifestamente* passou a admitir-se tal juízo sobre as propostas que *pareçam* anormalmente baixas; e indicou-se o tipo de justificações atendíveis pelas entidades adjudicantes.

2. Após estas diretivas de *primeira geração* iniciou-se o processo de aprovação das diretivas de *segunda geração* relativas aos mercados públicos. A primeira destas foi a Diretiva n.º 92/50/CEE do Conselho de 18/06 (serviços). Na proposta de diretiva da Comissão indicava-se, quanto ao artigo 34.º, que as entidades adjudicantes devem verificar o modo de cálculo (de custos, dir-se-á) das propostas que pareçam anormalmente baixas^[5]. Após uma primeira leitura e aprovação com alterações pelo Parlamento Europeu, a Comissão voltou a submeter nova proposta, *alinhando-a* com o que já constava da diretiva relativa às obras públicas^[6]. Finalmente, com a respetiva aprovação, foi prevista uma disposição em tudo semelhante à contida no artigo 22.º-A da Diretiva n.º 71/305/CEE, dirigida à proteção das condições de trabalho em vigor. E, no artigo 37.º, consignou-se solução semelhante à anterior, mas acrescentando-se que os motivos a atender teriam de ser objetivos^[7].

favoráveis») a aceitar propostas que eventualmente não pudessem ser executadas posteriormente caso o auxílio estatal tivesse que ser reembolsado" (cfr. As aquisições públicas nos sectores excluídos. Comunicação da Comissão acompanhada de duas propostas de directiva do Conselho relativas aos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, in Boletim das Comunidades Europeias, Suplemento 6/88, § 81, p. 162). Notou-se, pois, uma preocupação fundamental com os custos envolvidos nos preços das propostas apresentadas.

[4] A preocupação inerente a esta disposição foi acolhida nas sucessivas diretivas sobre contratos públicos.

[5] Cfr. COM(90) 372 final, de 06/12/1990, § 86: "En vertu de l'article 34 paragraphe 1 les pouvoirs adjudicateurs doivent vérifier le mode de calcul des offres qui apparaissent anormalement basses".

[6] Cfr. COM(91) 332 final, de 30/08/1991. Propôs-se (artigo 33.º): "Se em relação a um determinado contrato as propostas parecerem anormalmente baixas face à prestação em causa, a entidade

adjudicante solicitará por escrito, antes de rejeitar essas propostas, esclarecimentos sobre os elementos constitutivos da proposta em questão que considere relevantes, e verificará esses elementos constitutivos tendo em conta as explicações recebidas. / A entidade adjudicante **pode tomar em consideração explicações que se justifiquem por motivos objetivos, incluindo a economia do método do serviço, as soluções técnicas escolhidas, as condições excecionalmente favoráveis de que o proponente dispõe para a prestação do serviço, ou a originalidade do serviço proposto pelo proponente**".