

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
(CEDIPRE)

SEPARATA
DE
ESTUDOS
DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA
II

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA



FACULDADE DE DIREITO
DE COIMBRA

COIMBRA EDITORA

2010

AGRUPAMENTOS DE ENTIDADES ADJUDICANTES E DE CANDIDATOS E CONCORRENTES EM PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA

SUMÁRIO: *A) O interesse prático das figuras e o objecto do estudo*
B) Os agrupamentos de entidades adjudicantes *b1) Objecto do procedi-*
mento agrupado: contratos unitários ou parcelares? b.2) A distinção
entre interesses comuns "agrupados" e personificados b.3) A escolha do
procedimento pré-contratual b4) As menções e publicações específicas
b5) A competência "conjunta" das entidades agrupadas b6) A designação
e competência do representante do agrupamento b7) O júri: restrições à
sua competência normal b8) As impugnações administrativas C) Os agru-
pamentos de candidatos ou concorrentes c1) Admissibilidade e âmbito
c2) As modalidades jurídicas de associação das entidades agrupadas
c2.1) A liberdade de conformação procedimental: as modalidades mais
frequentes c2.2) Os consórcios externos e os ACE c3) Requisitos gerais
de acesso ao procedimento. Remissão c4) Requisitos subjectivos espe-
cíficos de admissibilidade das propostas (ou candidaturas) conjun-
tas c4.1) A manifestação da vontade e do compromisso associativos
c4.2) A proibição de dupla participação c4.3) A sanção da violação
da proibição legal c4.4) A admissibilidade de agrupamentos mistos
c4.5) Habilitação do agrupamento c4.6) Requisitos específicos no pro-
cedimento de ajuste directo c5) Requisitos objectivos específicos das
propostas (ou candidaturas) conjuntas c5.1) A assinatura da proposta
c5.2) A inexigibilidade legal de um representante do agrupamento: o
seu suprimento nas peças do procedimento c6) Implicações procedi-
mentais da proposta ou candidatura conjunta c6.1) A exigência de esta-
bilidade do agrupamento c6.2) A exigência de estabilidade da proposta
c6.3) O regime de solidariedade dos membros do agrupamento pela
obrigação de manutenção da proposta c6.4) O exercício dos direitos
(deveres e ónus) procedimentais do agrupamento c6.5) A repercussão
no agrupamento dos impedimentos e faltas individualmente imputáveis
aos seus membros: a hipótese da sua admissão condicional.

A) O INTERESSE PRÁTICO DAS FIGURAS E O OBJECTO DO ESTUDO

Ao admitir a participação em procedimentos de contratação pública de agrupamentos de entidades adjudicantes, de um lado, e de agrupamentos candidatos ou concorrentes, do outro, o Código dos Contratos Públicos (CCP) veio dar vazão a necessidades de enorme relevo prático, na esteira dos regimes do Decreto-Lei n.º 59/99 (de 2 de Março) e do Decreto-Lei n.º 197/99 (de 8 de Junho).

No primeiro caso, porque o interesse das Administrações Públicas (e de entidades suas congéneres em matéria de contratação pública) quanto à aquisição contratada de determinadas obras, bens ou serviços pode não ser de uma só, mas comum a várias delas (eventualmente até de entidades de diferente espécie) — como quando duas autarquias locais vizinhas querem fazer uma campanha publicitária de promoção turística de um evento comum (*interesses de fruição indivisível*) ou querem construir uma estrada que ligue as sedes dos respectivos concelhos (*interesses convergentes*) ou quando vários institutos públicos carecem da prestação de serviços de reparação, manutenção e adaptação de equipamentos e programas informáticos iguais com que todos eles trabalham (*interesses paralelos*) —, permitindo-lhes assim, pela economia de meios e custos conseguida, abalançar-se à execução de projectos a que não poderiam aspirar (ou a que não poderiam aspirar na qualidade, eficiência ou dimensão projectadas).

No caso dos candidatos e concorrentes, a prática mostra, hoje, nos procedimentos de contratação pública, pelo menos naqueles de maior dimensão (como em relação a vultuosas empreitadas e a concessões de obras públicas e de serviços públicos) ou de prestações mais diversificadas, que as pessoas ou as empresas que aí pretendem aceder se apresentam agrupadamente, associando-se com vista à apresentação de candidaturas e propostas que cada uma delas, por si só, não conseguiria organizar, aumentando assim a probabilidade de obter o contrato

sujeito à concorrência, enquanto a entidade adjudicante vê crescer, também, a hipótese de conseguir contratos mais favoráveis do que aqueles que lhe proporião concorrentes isolados.

Sucedede que a disciplina posta no CCP para regular juridicamente esses dois interesses de ordem prática, apesar das suas significativas novidades e melhorias em relação aos regimes anteriores, ainda apresenta naturalmente algumas lacunas e suscita algumas dúvidas, que se impõe serem discutidas e esclarecidas para obviar às dificuldades de interpretação, integração e aplicação que as respectivas normas colocarão aos juristas.

Foi com esse propósito, de apontar caminhos para o esclarecimento de tais questões, que, aproveitando a oportunidade com que o CEDIPRE e o Senhor Doutor Pedro Gonçalves me apresentaram, se elaborou a presente reflexão, na qual os regimes legais aparecem descritos e tratados apenas instrumentalmente, para poder apreender-se melhor o alcance das dúvidas suscitadas e, se for o caso, das soluções propostas.

B) OS AGRUPAMENTOS DE ENTIDADES ADJUDICANTES

b1) Objecto do procedimento agrupado: contratos unitários ou parcelares?

Como se disse, o art. 39.º/1 do CCP — em vez de impor que cada uma das entidades adjudicantes dos exemplos acima dados escolha (e agencie), em procedimentos (e contratos) separados, um concessionário, um empreiteiro ou um prestador de serviços próprio para executar, também separadamente, a prestação de que cada uma necessita — permite que elas se agrupem ou congreguem de maneira a lançar um procedimento único com vista à celebração de um só contrato para a concepção, construção e exploração conjunta do serviço de recolha de lixos e da respectiva central de seu tratamento, para a construção de toda a estrada municipal (ou das duas estradas municipais ligadas) ou, então (ao abrigo do art. 251.º e ss.

do Código), para a celebração de um acordo quadro de prestação de serviços de reparação, manutenção e adaptação informática, ao longo de um determinado período de tempo, pelas entidades que venham a celebrar contratos com o adjudicatário desse acordo quadro.

A estes agrupamentos refere-se também o art. 223.º do CCP, admitindo a sua constituição no âmbito dos concursos de concepção.

A dúvida é se os agrupamentos de entidades adjudicantes apenas são legalmente permitidos para efeitos de celebração de um único contrato por parte de todas elas, abrangendo num só acordo as prestações de que necessitam, ou se podem destinar-se também à escolha, através do acto de adjudicação, de uma única proposta (embora respeitante a várias parcelas da obra, bem ou serviço de interesse comum a contratar) e de um único parceiro com quem cada uma delas celebrará depois, em separado, o contrato respeitante à sua parcela, funcionando o agrupamento assim, nesta última hipótese, apenas para efeitos de adjudicação — pelo que, no exemplo atrás referido, haveria dois contratos de concessão ou de empreitada celebrados por cada um dos municípios interessados na recolha e tratamento dos seus lixos ou ligados pela estrada a construir, tendo cada contrato como objecto a recolha do lixo produzido ou a construção do troço situado no respectivo território.

A alternativa — que tinha, entre outras, a vantagem de permitir, em parte, uma gestão autónoma do contrato (ou seja, da respectiva necessidade pública) por parte de cada uma das entidades adjudicantes e de furtar também cada uma delas às consequências do incumprimento do contrato por parte de outra ⁽¹⁾ — não tem contudo cobertura legal expressa.

Na verdade, enquanto a alínea *a*) do art. 39.º/1 do Código apenas se refere à hipótese de celebração de um único con-

(1) O que o contrato único do agrupamento não assegura, senão mediante cláusula expressa e que será sempre de muito difícil e conflituosa aplicação.

trato (cuja execução seja do interesse de todas as entidades agrupadas), a respectiva alínea *b*) permite que o agrupamento tenha em vista a celebração de um acordo quadro, a que todas essas entidades possam vir depois a aderir separadamente — mas trata-se de hipótese diversa daquela que acima se aventou, em que se celebrava, desde logo, com o adjudicatário (não um acordo quadro, de concretização contratual futura e eventual, mas), em separado, os contratos unitariamente concursados e adjudicados.

Não obstante a fórmula daquela norma vir escrita apenas no singular, parece-nos que não houve aí o propósito de restringir a intervenção dos agrupamentos de entidades adjudicantes aos casos em que se celebre um só contrato, pelo que poderia admitir-se assim o recurso a esta figura mesmo quando o procedimento unitário de adjudicação desembocar na celebração de contratos por cada uma das entidades adjudicantes, respeitantes à sua parcela no interesse comum que levou à unificação do procedimento.

Satisfaz-se assim relevantes interesses de ordem prática, sem pôr em causa o regime estabelecido no art. 39.º do CCP (2).

b.2) Requisitos do agrupamento de entidades adjudicantes: a distinção entre interesses comuns “agrupados” e personificados

Os requisitos básicos de que depende a admissibilidade da conjugação ou concentração dos procedimentos de contratação pública por parte de entidades adjudicantes são, nominadamente e pela positiva, o do art. 39.º/1 do CCP — de que exista um interesse ou benefício que todas elas possam retirar do procedimento e/ou do contrato (ou contratos) a celebrar — e, inominadamente e pela negativa, o de que não exista

(2) Quanto muito, exigir-se-ia a adaptação automática do disposto no seu n.º 4, pelo que o valor adicionado dos vários contratos a celebrar, nesses casos, teria que conter-se nos limites do valor aí previsto.

já uma associação ou entidade única por elas juridicamente constituída e dotada para esse efeito.

Trata-se efectivamente de situações muito distintas, a da entidade personificada, juridicamente constituída por outras entidades (sujeitas ao regime do Código), para realização de um interesse comum de todas as associadas e que se encontra encabeçado nessa entidade, a qual lança o procedimento, procede à adjudicação e celebra o contrato em nome próprio, sem que as entidades associadas tenham que fazer algo para que tal aconteça — como acontece, por exemplo, no caso da alínea g) do art. 2.º/1 do Código — e a outra situação, regulada em geral neste art. 39.º, de uma associação meramente informal entre várias entidades adjudicantes, para, pelo esforço conjugado de todas e numa posição jurídica procedimental titulada também por todas elas, celebrarem em seu próprio nome o contrato de cujas prestações carecem.

Por outro lado, o agrupamento de entidades adjudicantes de que agora cuidamos não tem que se constituir inicialmente, para efeitos procedimentais, sob forma jurídica própria ou autónoma, nem tem — ao contrário do que sucede com os agrupamentos concorrentes (ver art. 64.º/4) — que se associar juridicamente para efeitos de celebração posterior do contrato respectivo, sendo todas elas parte individualizada no mesmo ⁽³⁾.

b.3) A escolha do procedimento pré-contratual

Aos condicionamentos da escolha conjunta ⁽⁴⁾ — ou seja, por decisão de todas as entidades adjudicantes (art. 39.º/3) — do procedimento a adoptar em vista da adjudicação e cele-

⁽³⁾ Ou, a admitir-se a hipótese antes proposta, celebrando cada uma delas um contrato sobre a parcela que lhes respeita do objecto do procedimento.

⁽⁴⁾ Sobre o significado dessa exigência de conjugação de vontades, ver *infra*.

bração dos contratos públicos sujeitos à disciplina do Código referem-se os n.ºs 4 e 5 desse seu art. 39.º

O n.º 4 dispõe que, se o agrupamento for constituído por, pelo menos, uma das entidades referidas no art. 2.º/1 — como é, entre outros, o caso do Estado, das Regiões Autónomas, das autarquias locais, dos institutos públicos e das associações públicas —, a opção pelo ajuste directo ou pelos concursos público e limitado sem publicidade internacional, em função do valor do contrato, no caso das empreitadas de obras públicas, das locações ou aquisições de móveis e da aquisição de serviços, só pode ter lugar se o valor do contrato agrupado for inferior ao mais baixo dos limiares dos n.ºs 1 e 2 do art. 19.º, para as empreitadas, ou do art. 20.º, para as outras hipóteses.

Tal limitação — que não é oriunda do direito comunitário, note-se — só pode assentar, ao que parece, na relativa desconfiança com que entre nós se encara a actividade da contratação pública. Em bom Direito, o que deveria permitir-se é que se escolhesse o procedimento em função do valor adicionado do contrato para as diversas entidades que nele intervêm, desde que nenhuma das respectivas parcelas ultrapassasse o valor dos correspondentes limiares. Ou então, no mínimo, que em nenhum caso se ultrapasse o valor adicionado do mais baixo dos limiares aplicáveis.

Por sua vez, o art. 39.º/5 do Código estabelece que a validade da opção por uma modalidade procedimental em função dos critérios materiais dos arts. 24.º a 30.º e 33.º depende de esse critério ou factor se verificar relativamente a todas as entidades que constituem o agrupamento. Ou seja, o facto de a celebração de um contrato, por motivos imprevisíveis e alheios a actos ou omissões de uma das entidades adjudicantes, se revestir para ela de imperiosa urgência não permite que o respectivo agrupamento recorra à alínea c) do art. 24.º/1 do Código para optar pelo procedimento de ajuste directo (a não ser que tal circunstancialismo também se verificasse, sem excepção, em relação às outras entidades agrupadas).

Apesar da letra da lei, não vemos por que não se possa combinar os critérios de valor e os critérios materiais. Assim,

no caso de um agrupamento de duas entidades, se se verificar, em relação a uma delas, um dos pressupostos materiais para o ajuste directo, pensamos que esse procedimento poderá ser adoptado desde que a parcela de valor do contrato imputável à outra não exceda os limites dos arts. 19.º ou 20.º, consoante o que for aplicável.

São essas, dos n.ºs 4 e 5 do art. 39.º — a par do preceito do art. 223.º (relativa aos concursos de concepção), que para eles remete —, as únicas normas postas em especial no Código para o caso da escolha do procedimento a observar para celebração de contratos ou acordos quadro por agrupamentos de entidades adjudicantes.

Uma de duas, portanto: ou se entende que, quanto a tudo o mais de procedimentalmente relevante (nesse aspecto da escolha do procedimento), o contrato “agrupado” deve ser olhado como o mero aglomerado de tantas parcelas quantas as entidades adjudicantes ou, de acordo com a lógica vertida naquelas disposições, ele deve ser considerado como um único contrato de uma só entidade, valendo assim para o agrupamento a maior inibição que afecta qualquer uma das entidades agrupadas.

A nossa proposta vai naturalmente neste último sentido (de inibição total do agrupamento ou da saída atempada da entidade inibida) quanto às inibições ou incompatibilidades procedimentais, excepto quando a lógica unitária deva ceder perante a “atomista”, como sucede em questões do estrito foro financeiro, ficcionando-se então estarmos perante uma cumulação de contratos ou um contrato cumulado divisível por tantas entidades quantas as que constituem o agrupamento.

Assim, tratando-se de um agrupamento de duas entidades adjudicantes não subsumíveis no art. 2.º/1 (e, logo, não abrangidas pela previsão do art. 39.º/4), deve avaliar-se da admissibilidade da adjudicação do respectivo contrato por ajuste directo por referência à soma dos limiares fixados nos arts. 19.º ou 20.º do Código para os contratos correspondentes de cada uma dessas entidades (ou então à soma do ou dos mais baixos desses limiares), pois que, se celebrassem contratos sepa-

rados para efeitos da realização da sua parte no interesse comum, já poderia recorrer-se ao ajuste directo para cada um deles.

b4) As menções e publicações específicas

Os procedimentos promovidos por agrupamentos de entidades adjudicantes apresentam especificidades, desde logo, no que respeita às menções que devem constar das peças do procedimento, do respectivo convite ou programa (ou, nos concursos de concepção, dos seus termos de referência) mas, mais nitidamente, do caderno de encargos.

No convite ou programa, as especificidades em causa não respeitam propriamente ao tipo de menções que deles devem constar — que, com excepção da relativa ao representante das entidades agrupadas, são as mesmas do convite ou programa do concurso de uma só entidade adjudicante —, mas sim ao seu modo. O que há aqui de diferente é que a menção sobre a identidade das entidades adjudicantes deve referir-se não só à sua pluralidade, mas também ao facto (da existência) do seu agrupamento para efeitos ou da alínea *a*) ou da alínea *b*) do art. 39.º do Código ⁽⁵⁾, enquanto, por outro lado, a menção respeitante ao órgão que tomou a decisão de contratar reportar-se-á necessariamente ao órgão correspondente de cada uma das diversas entidades agrupadas.

Por sua vez, a referência ao órgão competente para prestar esclarecimentos sobre as peças do procedimento — que, na generalidade dos casos, é o órgão competente para a decisão de contratar ou então o júri por ele designado —, aqui reporta-se ou ao representante das entidades adjudicantes ou ao júri, estando excluída (pelo art. 39.º/3) a hipótese de se tratar do conjunto dos órgãos competentes para a decisão de contratar, ou seja, do conjunto das entidades adjudicantes.

⁽⁵⁾ Ou seja, se se trata de celebrar um contrato ou um acordo quadro.