

Parecer N.º	DAJ 262/18
Data	26 de setembro de 2018
Autor	Ana Luzia Lopes

Temáticas abordadas	Procedimento de consulta prévia Caderno de encargos com fundamentação do preço base Preço base determinado em consulta preliminar ao mercado
----------------------------	--

Através do ofício (refª ...), de ...-...-2018, a câmara municipal de solicitou parecer jurídico sobre a questão de saber se é conforme com a lei a indicação no caderno de encargos de um procedimento pré-contratual de que o preço base corresponde ao valor mínimo que foi apresentado por determinada entidade na consulta preliminar ao mercado realizada pelo município nos termos do n.º 1 do artigo 35.º-A do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na atual redação dada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

Acompanham este pedido de parecer os seguintes documentos:

- Reclamação apresentada pelo concorrente ..., no exercício do direito de audiência prévia no âmbito do procedimento de consulta prévia com vista à aquisição de serviços para certificação legal, parecer e auditoria externa das contas do município de
- Relatório final elaborado pelo júri do procedimento, no qual, ponderadas as observações daquele concorrente, se mantém a ordenação das propostas do relatório preliminar e, conseqüentemente, a proposta de adjudicação ao concorrente

Sobre esta questão, temos a informar:

O Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, introduziu significativas alterações ao CCP, entre as quais, a consagração da consulta preliminar ao mercado “(...) *de modo a que, antes de um procedimento de contratação, a entidade adjudicante realize consultas informais ao mercado a fim de preparar o procedimento, fixando mecanismos para que isso não se traduza em perda de transparência ou prejuízo para a concorrência;*”¹.

Com efeito, o CCP passou a prever no artigo 35.º-A a consulta preliminar ao mercado nos seguintes termos “*1— Antes da abertura de um procedimento de formação de contrato público, a entidade adjudicante pode realizar consultas informais ao mercado, designadamente através da solicitação de informações ou pareceres de peritos, autoridades independentes ou agentes económicos, que possam ser utilizados no planeamento da contratação, sem prejuízo do disposto na alínea i) do n.º 1 do artigo 55.º*”² (sublinhado nosso).

¹ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

² Redação dada pela Declaração de Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro.

Portanto, o sentido da consulta preliminar é o da preparação de um procedimento pré-contratual.

Mas o legislador não se limitou a prever a possibilidade de a entidade adjudicante realizar a consulta ao mercado, previu também mecanismos para que a consulta não se traduza em perda de transparência ou prejuízo para a concorrência.

No n.º 2 do artigo 35.º-A do CCP, o legislador foi perentório ao determinar que *“2 — A consulta preliminar prevista no número anterior não pode ter por efeito distorcer a concorrência, nem resultar em qualquer violação dos princípios da não discriminação e da transparência.”*.

E, para o efeito, estabelece o n.º 3 da mesma norma que *“3 — Quando um candidato ou concorrente, ou uma empresa associada a um candidato ou concorrente, tiver apresentado informação ou parecer à entidade adjudicante ou tiver sido consultada, nos termos dos números anteriores, ou tiver participado de qualquer outra forma na preparação do procedimento de formação do contrato, a entidade adjudicante deve tomar as medidas adequadas para evitar qualquer distorção da concorrência em virtude dessa participação.”*.

Assim, para que a consulta não se traduza em perda de transparência ou prejuízo para a concorrência, o legislador previu mecanismos nos seguintes termos *“4 — Para efeitos do disposto no número anterior, são consideradas medidas adequadas, entre outras, a comunicação aos restantes candidatos ou concorrentes de todas as informações pertinentes trocadas no âmbito da participação do candidato ou concorrente na preparação do procedimento de formação do contrato, com inclusão dessas informações nas peças do procedimento.”* (sublinhado nosso).

Não resulta, pois, do n.º 4 do artigo 35.º-A do CCP a obrigação de a entidade adjudicante comunicar aos concorrentes, incluindo nas peças do procedimento, todas as informações, mas tão somente as pertinentes para a preparação do procedimento.

E de qualquer modo a comunicação aos restantes concorrentes não pode incluir a proposta de preço de determinado concorrente obtida na consulta preliminar ao mercado, sob pena de ser posta em causa a concorrência.

Pois se o preço é submetido à concorrência no âmbito do procedimento, não se pode dizer que existe efetiva concorrência quando os concorrentes propõem o seu preço conhecendo o preço que um concorrente está disposto a propor.

É esta situação que se verifica no procedimento de consulta prévia realizado pelo município de com vista à aquisição de serviços para certificação legal, parecer e auditoria externa das contas do município de

De facto, o município realizou uma consulta preliminar a 5 entidades nos termos previstos no n.º 1 do artigo 35.º-A com o intuito de aferir qual o valor/preço atual de mercado para a prestação dos serviços pretendidos.

E na sequência dessa consulta, à qual responderam 3 entidades, o município fixou como preço base do procedimento o mais baixo valor indicado pela ... , fazendo constar esta informação da cláusula 21ª do caderno de encargos “*Consulta Preliminar*”.

Com efeito, além da identificação das entidades consultadas, a cláusula 21ª do caderno de encargos estabelece que “2- Nos termos do n.º 4, do artigo 35.º-A, do CCP, informa-se que o preço base indicado na cláusula 10ª, foi calculado, tendo como referência o mais baixo valor indicado pelo candidato ...”.

Deste modo, todas as entidades convidadas a apresentar proposta tiveram conhecimento do previsível preço de um dos concorrentes.

Face ao que dizemos atrás a inclusão no caderno de encargos desta informação viola o princípio da concorrência.

É certo que resulta expressamente do n.º 7 do artigo 17.º e do n.º 3 do artigo 47.º, ambos do CCP, que a fixação do preço base deve ser fundamentada com base em critérios objetivos, que podem ser os preços atualizados do mercado obtidos através da consulta preliminar prevista no artigo 35.º-A do CCP.

Porém, essa fundamentação constará das decisões tomadas pelo órgão competente para abertura do procedimento, seja na decisão de contratar ou na decisão de escolha do procedimento.

Em conclusão, considera-se que, nos termos do n.º 1 do artigo 143.º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, é inválida,

por violar o princípio da concorrência, a referida norma do caderno de encargos que indica o valor proposto por determinado concorrente na consulta preliminar ao mercado, e, consequentemente, é inválido o procedimento.