

O Direito da contratação pública sob a influência do direito internacional e do direito europeu¹

Intervenção de **Ana Celeste Evans de Carvalho** (págs. 133/146 da Revista)

I. Introdução

É sabida a influência crescente e direta do direito europeu e internacional no direito da contratação pública, ao ponto de se dizer que o direito da contratação pública há muito que deixou de ser um direito de origem nacional ou interna dos Estados membros da União, para ser um direito de mera incorporação em lei interna da regulamentação oriunda de outras instituições, sobretudo europeias.

A contratação pública é mesmo uma das áreas do direito em que a intervenção do direito europeu é maior, quer em *extensão*, quer em *intensidade*, o que se compreende se atentarmos nos pilares em que assenta o mercado comum, de entre os quais, a construção e desenvolvimento das liberdades económicas, de que os princípios da concorrência e da não discriminação em razão da nacionalidade são principais corolários.

Atento o princípio do primado do direito europeu, assim como, quer a juventude do Código dos Contratos Públicos (CCP)², quer a sua complexidade técnica, a que não é alheia a sua própria dimensão e a forma que foi adotada na sua codificação, numa preocupação do legislador em tudo regular, com remissões sucessivas e em cadeia, não é de estranhar a necessidade premente de *interpretar* e *aplicar* as normas do CCP em conformidade com as normas europeias, no que têm desembocado na existência de litígios onde essas questões se colocam.

Para além das questões que se têm colocado no âmbito do Tribunal de Contas e que, deve dizer-se, são a maioria, atento o visto prévio a que são submetidos muitos dos contratos públicos, sobre as quais não nos iremos debruçar, interessam-nos os conflitos que têm surgido nos Tribunais Administrativos.

¹ O presente texto corresponde, com ligeiras alterações, à comunicação proferida em 18 de novembro de 2011, no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Colóquio organizado pela Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal, subordinado ao tema “*O Direito Administrativo Português sob a Influência do Direito Internacional Europeu e dos Direitos Fundamentais*”.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março, alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs. 223/2009, de 11 de setembro e 278/2009, de 02 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro e pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

As questões sobre que versaremos têm como critério de escolha, além da sua *relevância jurídica e atualidade*, também o facto de as termos estudado a propósito de decisões proferidas em 1ª instância, no Tribunal Administrativo e Fiscal (TAF) de Sintra e no Tribunal Administrativo de Círculo (TAC) de Lisboa.

De entre a panóplia de conflitos que têm surgido nos Tribunais Administrativos em matéria de contratação pública, destacámos *quatro questões*, as quais foram todas objeto de recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo (STA) e algumas, objeto de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), as quais passaremos a analisar.

II. Restrições à participação em procedimentos de contratação pública de empresas constituídas sob forma societária, em relação de domínio total com uma sociedade terceira

A questão referente às restrições à participação em procedimentos de contratação pública de empresas constituídas sob forma societária, em relação de domínio total, colocou-se em vários processos instaurados no TAF de Sintra e que, após jurisprudência divergente no Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), foi muito recentemente objeto de dois arestos no STA, no sentido em que havia decidido, de modo uniforme, a primeira instância.

Contudo, sem prejuízo de a questão se encontrar já apreciada e decidida pelo mais alto Tribunal da jurisdição administrativa, a questão não se mostra esgotada, permitindo a sua problematização para além do que constitui a atual jurisprudência, quer do TJUE, quer dos tribunais nacionais.

Enunciando a questão material, está em causa saber se ocorre fundamento de restrição à participação em procedimentos pré-contratuais de empresas constituídas sob forma societária, quando as mesmas sejam detidas a 100% do seu capital social por uma outra sociedade, por isso, sob domínio total dessa entidade, a qual em si mesma não é concorrente.

Por outras palavras, releva saber, nesse caso, se se encontra preenchida alguma das cláusulas de exclusão à participação no procedimento, previstas no CCP.

No caso concreto, a entidade adjudicante na fase de análise das propostas e imediatamente antes da sua avaliação e graduação, apercebeu-se que duas dessas sociedades

concorrentes eram detidas a 100% do seu capital social por um sociedade terceira e com esse fundamento, alegando existir uma relação de domínio total dessa sociedade, considerou:

i) que tais empresas são para efeitos concursais e de concorrência, uma *única* empresa ou, pelo menos, são sociedades coligadas, por se encontrarem em situação de relação de grupo, de domínio total inicial por parte de outra sociedade, a qual nos termos do Código das Sociedades Comerciais (CSC)³ tem o direito de dar instruções *vinculantes* às sociedades subordinadas, respondendo por todo o passivo destas últimas, independentemente ou não do exercício do seu poder de controlo intersocietário;

ii) que não existia uma efetiva e sã concorrência;

iii) que as disposições dos artigos 70º, nº 1, alínea g) e 146º, nº 2, alínea i), ambos do CCP, constituem uma proibição *absoluta* à apresentação no mesmo procedimento concursal de propostas distintas por sociedades que estejam sob o domínio total de uma sociedade terceira, o que traduz um fator de exclusão das propostas.

Invocando existir uma relação de subordinação, as empresas concorrentes devem ser consideradas como uma única empresa, nos termos do disposto no nº 2 do artigo 2º da Lei nº 18/2003, de 11 de junho⁴, segundo o qual, “*Considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no nº 1 do artº 10º.*”.

Entendeu a entidade adjudicante que apesar de as sociedades concorrentes serem juridicamente distintas são, para efeitos concursais e de concorrência, consideradas como uma única empresa, devendo ser excluídas as respetivas propostas, ao abrigo do disposto no artigo 146º, nº 2, alínea i) e nº 3, e artigo 70º, nº 2, alínea g) do CCP, posto que se verifica violação: do princípio da *igualdade*, na medida em que se verifica uma situação de vantagem por parte das sociedades perante os restantes concorrentes, que apenas puderam apresentar uma única proposta, em violação do programa do procedimento e do artigo 59º, nº 7 do CCP, e do princípio da *concorrência* por que consubstanciando-se as duas propostas de uma “única empresa”, que consiste a sociedade terceira, entre as mesmas não pode haver uma efetiva e sã concorrência.

³ Cfr. artigos 489º e 490º do CSC.

⁴ Aprova o regime jurídico da concorrência.

Sob a alegação de que existiam fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência, foram excluídas as propostas de ambas concorrentes, ao abrigo da alínea g), do nº 2, do artigo 70º, conjugada com a alínea o) do nº 2, do artigo 146º, ambos do CCP.

Em primeira instância, o Tribunal decidiu que a questão controvertida passava por saber se a sociedade detentora de 100% do capital social de ambas as empresas concorrentes põe em causa os princípios da igualdade e da concorrência e se tal facto constitui motivo de restrição à participação em procedimento pré-contratual, à luz do CCP e da Diretiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março⁵, determinando a exclusão das propostas.

Importa considerar que o único fundamento factual invocado pela entidade adjudicante para a exclusão das propostas foi a existência de uma relação de subordinação entre as concorrentes, em relação a uma terceira sociedade, pelo facto de esta deter 100% do capital social daquelas, extraíndo depois desse único facto, toda a construção de Direito, isto é, de que para efeitos concursais e de concorrência, aquelas concorrentes devem ser consideradas como uma única empresa e que em virtude dessa relação, existe violação dos princípios da igualdade e da concorrência.

No caso, as empresas haviam apresentado propostas diferentes, com preços contratuais diferentes, o que foi entendido como não vislumbrando um indício de prática concertada, violador das regras da concorrência, além de que nenhuma cláusula de exclusão se encontra prevista para o caso de haver uma relação de domínio – cfr. nº 2, do artigo 70º do CCP.

O Código dos Contratos Públicos, na alínea g), do nº 2 do artigo 70º, estabelece, como causa de exclusão da proposta, a “*existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*” e que cada concorrente só pode apresentar uma proposta, a que está associada a proibição de dupla participação, nos termos dos artigos 54º, nº 2, 59º, nº 7 e 146º, nº 2, alínea i) e nº 3, do CCP.

Para a Administração, bastou o facto de o capital social de duas concorrentes ser detido em 100% por uma sociedade terceira, para que considerasse preenchida tal disposição e existisse motivo de exclusão.

⁵ Relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

Doutro modo, o Tribunal considerou que será considerando toda a factualidade apurada em juízo, que se concluirá se no caso houve, ou não, violação dos princípios da igualdade e da concorrência, ou seja, será da subsunção dos factos ao Direito que se aferirá se existem “*fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”, na expressão legal.

Assim, em primeira instância decidiu-se que, atenta a origem do contencioso de formação de contratos públicos, de natureza claramente influenciada pelo direito europeu e perante o princípio da supremacia desse direito em relação ao direito nacional de cada Estado membro, o qual deve ser interpretado em conformidade com aquele direito, importava ainda atender à jurisprudência do TJUE, concretamente no que se firmou no acórdão *Assitur*, proferido em 19 de maio de 2009⁶, o qual se havia debruçado precisamente sobre a questão de saber se o artigo 29º da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de julho de 1992⁷ – a antecedente da atual Diretiva 2004/18/CE e sem que, neste particular, dela divirja –, ao estabelecer sete causas de exclusão da participação nos concursos de serviços, configura um *numerus clausus* de causas impeditivas e, conseqüentemente, obsta a que a legislação nacional proíba a participação simultânea num concurso de empresas que se encontrem, entre si, em relação de domínio.

Porque, embora ao abrigo da anterior Diretiva, a instância jurisdicional europeia já se havia pronunciado sobre a mesma questão material controvertida, importava atender a essa jurisprudência, designadamente, que:

- “*a vontade do legislador comunitário foi de apenas estabelecer nessa disposição causas de exclusão que se revelem unicamente às qualidades profissionais dos interessados*” e que a enumeração [d]“*essas causas de exclusão, (...) foi considerada taxativa pelo Tribunal de Justiça*”;

- “*esta enumeração taxativa não exclui ... a faculdade de os Estados-membros manterem ou estabelecerem, além destas causas de exclusão, regras materiais destinadas, ... a garantir ..., o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento de todos os proponentes e da transparência, que constituem a base das diretivas comunitárias (...) com a condição de que o princípio da proporcionalidade seja observado*”;

⁶ Extraído do processo nº C-538/07, que opõe a Assitur Srl e a Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, referente ao pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Itália).

⁷ Relativa à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos de serviços.

- “seria contrário a uma aplicação eficaz do direito comunitário excluir sistematicamente empresas associadas entre si do direito de participar num mesmo processo de adjudicação de um contrato público” por “tal solução reduzir consideravelmente a concorrência a nível comunitário”;

- “estende[r] a proibição de participação num mesmo processo de adjudicação às situações em que a relação de domínio entre as empresas afetadas não tem qualquer incidência sobre o comportamento destas no âmbito de tais processos, excede o que é necessário para alcançar o objetivo de assegurar a aplicação dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência”;

- o entendimento de que “tal legislação, ... se baseia numa presunção inilidível ..., desrespeita o princípio da proporcionalidade, na medida em que não concede a essas empresas a possibilidade de demonstrar que, no seu caso, não existe um risco real de ocorrência de práticas suscetíveis de ameaçar a transparência e falsear a concorrência entre os proponentes”;

- “a questão de saber se a relação de domínio em causa teve influência sobre o conteúdo respetivo das propostas apresentadas pelas empresas envolvidas no âmbito de um mesmo concurso público exige um exame e uma apreciação dos factos que cabe às entidades adjudicantes efetuar. A constatação de tal influência, independentemente da forma que assuma, basta para que essas empresas sejam excluídas do processo em questão. Pelo contrário, a mera constatação de uma relação de domínio entre as empresas em causa, em razão de um direito de propriedade ou do número de direitos de voto que possam exercer nas assembleias gerais ordinárias, não basta para que a entidade adjudicante possa excluir automaticamente estas empresas do processo de adjudicação, sem verificar se tal relação teve uma incidência concreta sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse processo”.

Donde, mediante acolhimento da jurisprudência do TJUE, se ter entendido que a mera constatação de uma relação de domínio entre as empresas, em razão de um direito de propriedade ou do número de direitos de voto que possam exercer nas assembleias gerais ordinárias, não basta para que a entidade adjudicante possa excluir automaticamente estas empresas do procedimento pré-contratual.

Antes se impõe aferir se tal relação de domínio teve uma *incidência concreta* sobre o comportamento respetivo das concorrentes no âmbito do procedimento pré-

contratual, o que no caso, manifestamente, não havia sido efetuado pela entidade adjudicante.

As propostas das duas empresas não chegaram a ser analisadas e avaliadas e sem indagar as circunstâncias concretas da atuação dessas empresas no âmbito do procedimento concursal e da análise das suas propostas, a entidade adjudicante não pode, sem mais, concluir pela violação dos princípios da concorrência e da igualdade.

Deste modo, é de considerar que a presente questão não se encontra esgotada, por apenas mediante uma análise casuística e perante uma indagação concreta da atuação das sociedades concorrentes em relação de domínio, no âmbito de cada procedimento pré-contratual, se pode aferir pela subsunção da situação material em causa na cláusula de exclusão prevista na alínea g), do nº 2, do artigo 70º do CCP.

Na instância de recurso, o TCAS começou por divergir na solução, nos termos dos seus acórdãos nºs 6516/10, de 31 de agosto de 2010 (e um outro de 14 de setembro de 2010, não publicado) e 7536/11, de 12 de maio de 2011.

Na admissão do recurso de revista excecional, o STA considerou que *“Saber se a legislação nacional proíbe a participação separada, num mesmo procedimento de formação de contrato público, de sociedades entre as quais exista uma relação de domínio ou de influência importante ou cujo capital seja integralmente detido por uma terceira e, caso se concluir por essa proibição, se semelhante interpretação do direito interno se conforma com o direito comunitário, é uma questão nova, que apresenta dificuldades (...), pelo que assume relevância social fundamental”* (cfr. os processos nºs 851/2010, de 09 de novembro de 2010 e de 11 de janeiro de 2011, e 17/2011, de 03 de fevereiro de 2011 e de 31 de março de 2011).

Sobre esta questão, mantendo as decisões da primeira instância, o STA fixou que:

“I – Não é proibida, só por si, a participação simultânea num mesmo procedimento adjudicatório, com propostas autónomas, de empresas que se encontram entre si numa relação de domínio ou de grupo.

II – Só perante as circunstâncias concretas da atuação dessas empresas no procedimento concursal e da análise das propostas por elas apresentadas é que se terá de avaliar se foi falseada a concorrência, não se podendo fundar esse falseamento numa mera presunção decorrente da sua antecedente e originária relação de domínio.” (cfr. processo nº 851/2010, de 11 de janeiro de 2011), e

“I – A existência de uma relação de domínio ou de grupo em que se encontrem determinadas empresas, não obsta, por si só, a que estas participem, simultaneamente, num mesmo procedimento adjudicatório, com propostas autónomas e distintas.” (cfr. processo 17/2011, de 31 de março de 2011).

Não estava demonstrada a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência e só perante a existência de tais indícios seria lícita a exclusão das propostas das concorrentes, à luz do artigo 70, nº 2, alínea g), do CCP.

Assim, no caso, sendo manifesto que a entidade adjudicante, não efetuou qualquer exame ou apreciação dos factos, que permita concluir que a relação de domínio existente, decorrente do facto de o capital social das empresas concorrentes ser detido, a 100% por uma sociedade terceira, teve efetiva importância sobre o conteúdo das propostas, ou seja dizer, no respeito pelos princípios da concorrência, da transparência e da igualdade, não pode, sem mais, excluir-se as propostas, por inexistir fundamento para tanto.

É de admitir, por isso, que perante outra alegação de facto e mediante a demonstração de outra factualidade que não foi a constante dos autos, possa ser diferente a solução a dar, o que por si só justifica a abordagem desta questão⁸.

Além disso, é de realçar a relevância que o direito europeu, vertido no texto da Diretiva e o acórdão do TJUE, assumiram para a boa interpretação das normas legais aplicáveis e para a solução jurídica do diferendo.

⁸ Sobre esta questão, pronunciou-se a doutrina – cfr. Rodrigo Esteves de Oliveira, “Restrições à Participação em Procedimento de Contratação Pública”, in Revista de Direito Público e Regulação, nº 1, CEDIPRE, maio de 2009, pág. 27 e segs.; Mário Esteves de Oliveira, “Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública”, in “Estudos de Contratação Pública – II”, Coimbra Editora, 2010, pág. 128 e segs., segundo o qual, na hipótese de “duas sociedades ligadas por relações de domínio (...) apresentarem isolada e separadamente, não integradas em agrupamentos, candidaturas ou propostas distintas no mesmo procedimento”, não se aplica a proibição do artº 54º, nº 2 do CCP, pois “se duas sociedades ligadas entre si por relações dessas apresentarem propostas isoladas e independentes, uma mais fraca, outra melhor, não deriva daí qualquer prejuízo, seguramente para a entidade adjudicante, pois que a proposta escolhida para a adjudicação e ordenada em primeiro lugar, de entre as duas, será sempre a melhor, nunca a outra. (...) quanto a esta hipótese, o legislador pôs na letra da lei exatamente o que ia no seu espírito, quando proibiu que a pessoa ou empresa integrante de um agrupamento se apresentasse isolada ou agrupadamente com outra proposta a um procedimento pré-contratual, excluindo assim do âmbito de aplicação da estatuição legal do art. 54º/2 – ou de qualquer outra norma similar do Código – a participação isolada e separada de sociedades ligadas por relações de domínio total ou quase total.” e, dos mesmos autores, “Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública”, Almedina, 2011, pág. 544 e segs..

III. Delimitação do âmbito objetivo da Diretiva nº 2004/18/CE, em relação a certo tipo de objeto contratual, concretamente, em relação ao contrato de prestação de serviços de segurança

A presente questão respeita à delimitação do âmbito objetivo da Diretiva nº 2004/18/CE, em relação a certo tipo de objeto contratual, o contrato de prestação de serviços de segurança, que se colocou no âmbito de um processo que correu termos no TAF de Sintra e que foi objeto de recurso de revista para o STA e, no âmbito deste, de reenvio prejudicial para o TJUE.

A questão *decidenda* consistia em saber se a Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, obriga os Estados-membros a aplicar o seu artigo 47º, nº 2, também aos contratos relativos aos serviços constantes do Anexo II B da Diretiva.

Em causa, estava um concurso público internacional para aquisição de serviços de vigilância e segurança em que tendo a entidade adjudicante proposto a adjudicação do concurso à autora, por ter obtido a maior ponderação e o menor valor financeiro ponderado, no relatório final considerou que a avaliação da capacidade económico-financeira dos concorrentes deveria ser feita rácio a rácio, bastando uma classificação inferior a 10 valores em apenas um dos rácios, para que se considerasse que o concorrente não possuía capacidade económico-financeira.

Considerando que no rácio de liquidez geral a concorrente apresentava, na média dos três anos analisados e individualmente em cada um deles, um valor de rácio que, após ponderação, obtém uma classificação inferior a 10, concluiu-se que demonstrava não possuir capacidade económico-financeira para concorrer, o que determinou a sua exclusão.

Entendeu a autora que a deliberação que determinou a sua exclusão era ilegal, por violação do artigo 16º, nº 3, i) do programa do concurso e do princípio da concorrência, do artigo 10º do Decreto-Lei nº 197/99, de 08 de junho (o qual era à data o regime substantivo aplicável) e do artigo 47º, nº 2 da Diretiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu de 31 de março de 2004, alegando possuir capacidade económico-financeira para executar o fornecimento em apreço, por se encontrar demonstrada a capacidade económico-financeira, pelo conjunto da documentação referente a si e a outra sociedade terceira, convocando para tanto a aplicação do disposto no artigo 47º nº 2 da Diretiva 2004/18/CE.

Relembrando o que prescreve tal disposição da Diretiva, a mesma dispõe que um operador económico pode, se necessário e para um contrato determinado, recorrer às

capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas, para o que deverá, neste caso, provar à entidade adjudicante que disporá efetivamente dos recursos necessários, por exemplo, através da apresentação do compromisso de tais entidades nesse sentido.

Contrapôs a entidade adjudicante que do artigo 21º da Diretiva decorre que os contratos que tenham por objeto os serviços referidos no Anexo II B estão sujeitos apenas ao artigo 23º e ao nº 4 do artigo 35º.

Os serviços de segurança concursados, encontram-se elencados no anexo II B, sob a categoria 23, pelo que não lhes é aplicável o disposto no artigo 47º, nº 2 da Diretiva 2004/18/CE.

Tanto assim, que o artigo 20º da Diretiva, aos contratos enumerados no anexo II A, diz que esses contratos são adjudicados de acordo com os artigos 23º a 55º.

E quanto a nós tinha razão.

Interposto recurso para o TCA Sul, pelo acórdão nº 5403/09, de 10 de setembro de 2009, foi mantida a sentença recorrida, firmando-se que apenas estão sujeitos à Diretiva 2004/18/CE os processos de adjudicação da prestação dos serviços mencionados no anexo II a essa Diretiva.

O nº 2 do artigo 47º da aludida Diretiva que permite que um operador económico possa recorrer às capacidades de outras entidades independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas não é aplicável à adjudicação dos contratos públicos que tenham por objeto os serviços referidos no anexo II B (artigo 21º), pelo que, o referido preceito não é aplicável ao concurso público para prestação de serviços de segurança, previstos no anexo II B, categoria 23.

Sobre os regimes aplicáveis aos contratos públicos de serviços, o artigo 20º da Diretiva estabelece que os contratos que tenham por objeto os serviços referidos no anexo II A são adjudicados de acordo com os artigos 23º a 55º, enquanto que o artigo 21º dispõe que os contratos que tenham por objeto os serviços referidos no anexo II B estão sujeitos apenas ao artigo 23º e ao nº 4 do artigo 35º.

Resulta do exposto que o nº 2 do artigo 47º da Diretiva, referente à capacidade económica e financeira e que permite que um operador económico possa recorrer às capacidades de outras entidades independentemente da natureza jurídica do vínculo que

tenha com elas, não é aplicável à adjudicação dos contratos públicos de serviços que tenham por objeto os serviços referidos no anexo II B, de entre os quais, os de segurança.

Assim, ainda que se entenda que o artigo 47º, nº 2, preenche os requisitos de clareza, de precisão, de suficiência e de incondicionalidade, produzindo um efeito direto na nossa ordem jurídica, entendeu o Tribunal, que sempre se terá de concluir que ele não é aplicável ao concurso público em causa nos autos, não podendo, por isso, ter sido violado pela entidade adjudicante.

E não prevendo o Decreto-Lei nº 197/99, de 08 de junho, que um concorrente possa beneficiar da capacidade financeira de outras empresas, não tinham, nem poderiam ser consideradas as contas de uma sociedade terceira.

Interposto recurso de revista excecional para o STA, foi o mesmo admitido, formulando este Tribunal em última instância, o pedido de reenvio prejudicial para o TJUE, o qual foi apreciado nos termos do acórdão proferido em 17 de março de 2011, no processo que opõe a Strong Segurança SA e o Município de Sintra.

Nesse aresto, declarou o TJUE que a Diretiva 2004/18/CE não obriga os Estados membros a aplicar o artigo 47º nº 2 também aos contratos relativos aos serviços constantes do anexo II B da Diretiva, embora não impeça os Estados membros e, eventualmente, as entidades adjudicantes de preverem, respetivamente, na legislação e na documentação relativa ao contrato, a sua aplicação.

Com base no acórdão do TJUE, veio o STA, no processo nº 1108/09, de 07 de junho de 2011, negar provimento ao recurso, mantendo as decisões das instâncias.

Através destes arestos é, pois, possível perceber a *interpenetração* do direito europeu no direito nacional, o facto de os Tribunais nacionais terem convocado diretamente a Diretiva e as normas europeias para a resolução de um litígio, em momento em que no direito interno vigorava ainda o Decreto-Lei nº 197/99, de 08 de junho, por isso, antes mesmo da transposição da Diretiva 2004/18/CE para o direito interno, assim como, além da citada confluência de ordenamentos jurídicos ou de *ordens jurídicas*, também a confluência de diferentes órgãos jurisdicionais ou de *ordens jurisdicionais*, com recurso ao TJUE, na resolução de um diferendo nacional.

IV. Modelo de avaliação de propostas: isolabilidade das propostas

A propósito do modelo de avaliação de propostas têm-se colocado diversos tipos de litígios nos Tribunais Administrativos.

A presente questão prende-se com a definição do modelo de avaliação de propostas, quando o mesmo faça depender a classificação e graduação dos concorrentes, não só do mérito da sua proposta, como do conteúdo das demais propostas, onde releva a aplicação do disposto no nº 4, do artigo 139º do CCP.

Já no âmbito de vigência do CCP, num processo que correu os seus termos no Tribunal Administrativo de Círculo (TAC) de Lisboa, questionou-se a legalidade de uma norma constante do documento conformador do procedimento, ao prever que as propostas seriam avaliadas “*de 0% a 30%, sendo 30% o valor atribuído à Proposta de preço mais baixo, calculando-se os valores a atribuir às restantes Propostas com base numa proporcionalidade inversa, de acordo*” com uma determina fórmula, aí prevista.

Em sede de avaliação de tal fator, a entidade adjudicante considerou o valor de cada proposta tendo por referência ou padrão o “*valor atribuído à Proposta de preço mais baixo*”.

Na primeira instância tal atuação foi julgada ilegal, por violação do nº 4 do artigo 139º do CCP e o princípio nele consagrado, da proibição da isolabilidade dos critérios de adjudicação.

Segundo tal princípio, na elaboração do modelo de avaliação das propostas não podem ser utilizados quaisquer dados que dependam, direta ou indiretamente, dos atributos das propostas a apresentar, com exceção dos da proposta a avaliar.

Os fatores densificadores do critério de adjudicação têm de ser independentes ou isolados entre si e ainda dos termos das demais propostas apresentadas, no sentido de não dependerem de quaisquer termos que sejam alheios à própria proposta, assim se garantindo a legalidade da avaliação efetuada.

Deste modo, a norma do programa de concurso que faça depender a avaliação das propostas, quanto ao fator preço, do valor atribuído à proposta de preço mais baixo, está a desrespeitar a disposição legal que proíbe precisamente essa atuação.

Interposto recurso para o TCAS, este Tribunal no processo nº 6375/10, de 17 de junho de 2010, confirmou integralmente a sentença recorrida.

Interposto recurso de revista excecional para o STA, veio este Tribunal a admitir tal recurso, no processo nº 652/10, de 09 de setembro de 2010, por entender revestir de elevada relevância jurídica fixar o sentido e o alcance do nº 4 do artigo 139º do CCP, apurando se tal preceito consagra ou não a garantia da isolabilidade das propostas, proibindo que a entidade adjudicante estabeleça critérios, fatores ou sub-fatores de avaliação que não sejam independentes entre si e, em especial que estabeleçam atributos que não sejam colhidos exclusivamente da proposta em avaliação.

No âmbito do citado processo nº 652/10, o STA no seu acórdão datado de 19 de outubro de 2010, fixou que o nº 4 do artigo 134º do CCP proíbe que nos modelos de avaliação das propostas sejam utilizados quaisquer dados que dependam, direta ou indiretamente, de atributos que não sejam apenas o de cada uma das propostas a avaliar, tendo o legislador pretendido obstar a que a avaliação de cada uma das propostas possa ser influenciada pelo conteúdo de qualquer outra proposta.

Neste caso, mais uma vez resulta que a construção do direito administrativo nacional se alicerçou no direito europeu, sendo este a ditar o quadro normativo aplicável, a que, quer o legislador nacional, quer o intérprete e aplicador, seja o Estado-Administração, seja o Estado-juiz, devem obediência.

V. Prazo de impugnação contenciosa dos documentos conformadores do procedimento pré-contratual

Por último, reveste de importância a questão do prazo para a impugnação contenciosa dos documentos conformadores do procedimento pré-contratual, na sequência da muito recente jurisprudência do STA.

Está em causa o retomar, na atualidade, de um tema que estava mais ou menos pacificado, mediante uma jurisprudência uniforme das diversas instâncias.

Enquadrando normativamente a questão, está em causa saber qual o prazo aplicável quando se pretenda impugnar os documentos conformadores do procedimento de formação dos contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, designadamente, com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras que constem desses documentos – cfr. artigos 100º nº 2 e 101º do CPTA.

À luz da doutrina e também da jurisprudência dominante, quer de primeira, quer de segunda instância, quer ainda, até muito recentemente do próprio STA, a não impugnação de norma contida em documento conformador do procedimento, não implica a perda do direito de impugnação de qualquer ato posterior do procedimento.

Segundo a jurisprudência do órgão da cúpula da jurisdição administrativa, o prazo de um mês previsto no artigo 101º do CPTA aplica-se a todos os casos de impugnação previstos no nº 2 do artigo anterior e, por ser assim, ocorre a exceção de caducidade do direito de impugnação de quaisquer documentos conformadores do procedimento que não tenham sido especificamente impugnados no referido prazo – cfr. neste sentido, entre outros, o processo nº 471/09, cujo acórdão é datado de 26 de agosto de 2009.

Mas isso não pode condicionar e muito menos precluir o direito de impugnação dos atos praticados posteriormente no procedimento, como o ato de exclusão de candidatos ou das propostas ou o ato de adjudicação, com fundamento na respetiva ilegalidade, decorrente da aplicação daquele preceito regulamentar, por força do disposto nos nºs 1 e 3 do artigo 52º do CPTA, aplicável ao caso *ex vi* nº 1 do artigo 100º do mesmo Código.

Assim, os tribunais nacionais, nas várias instâncias, têm permitido que no âmbito da ação de contencioso pré-contratual, em que é impugnado, em regra, o ato de adjudicação, seja invocado como fundamento do pedido, nomeadamente, a ilegalidade de alguma das cláusulas constante dos documentos conformadores do procedimento.

Isto é, em face da norma prevista no artigo 101º do CPTA – que determina que os processos de contencioso pré-contratual têm caráter urgente e devem ser intentados no prazo de um mês a contar da notificação dos interessados ou, não havendo lugar a notificação, da data do conhecimento do ato –, o interessado, respeitando o prazo de impugnação de um mês, a contar da notificação do ato final, pode também impugnar, incidentalmente, os documentos conformadores do procedimento pré-contratual.

Neste mesmo sentido, além das muitas decisões proferidas em primeira instância, citam-se a título meramente exemplificativo, os acórdãos do TCAS extraídos dos processos nºs. 6985/10, de 17 de fevereiro de 2011 e 7952/11, de 27 de outubro de 2011, segundo os quais, respetivamente: “*No tocante ao modo de contagem do prazo de um mês do artº 101º CPTA, esteja em causa a impugnação de ato endo-procedimental ou dos documentos conformadores do procedimento, caso a ilegalidade do ato ou do documento se repercuta no*

ato final, o termo ad quem do prazo de impugnação ocorre 1 mês após o ato final procedimental em causa.” e

“I – No tocante ao modo de contagem do prazo de um mês previsto no artigo 101º do CPTA, estando em causa a impugnabilidade de um ato procedimental cuja ilegalidade se repercute no ato final, o termo “ad quem” do prazo de impugnação ocorre um mês após o ato final procedimental em causa.”.

No mesmo sentido, entendeu o Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN), no processo nº 382/09, de 01 de julho de 2010, onde se decidiu que *“Ainda que se admita que o prazo de um mês previsto no artigo 101º do CPTA se aplica também à impugnação das normas conformadoras do procedimento pré-contratual que vêm referidas no nº 2 do artigo 100º, não está excluída a possibilidade do interessado impugnar os atos administrativos praticados em aplicação dessas normas (cfr. art. 52º, nº 3 do CPTA, aplicável por força do art. 100º, nº 1)”.*

O STA acolheu a mesma doutrina, de entre outros, no processo nº 795/10, de 04 de novembro de 2010, no sentido que: *“A falta de impugnação de um preceito do programa de concurso ou de qualquer outro documento conformador do procedimento de formação de contratos, permitida pelo nº 2 do art. 100º do CPTA, não implica a perda do direito de impugnação de qualquer ato do procedimento, que o interessado entenda lesivo dos seus direitos ou interesses, com fundamento em ilegalidade decorrente da aplicação daquele preceito regulamentar considerado ilegal (art. 52º, nºs 1 e 3 do CPTA, aplicável ex vi nº 1 do art. 100º)”.*

Contudo, recentemente, o mesmo órgão jurisdicional veio reabrir a questão ao admitir o recurso de revista, com vista a determinar o quadro legal de impugnação de atos de trâmite inseridos em procedimentos de formação de contratos, designadamente, se os interessados os podem impugnar concentradamente, aguardando o prazo de impugnação do ato de adjudicação ou se, ao invés, terão de os impugnar no prazo de um mês a contar do conhecimento do ato ou do documento, sob pena de agirem fora do prazo previsto no artigo 101º do CPTA, depois de caducado o direito de acesso à ação – *vide* os arestos extraídos do processo nº 850/10, de 09 de novembro de 2010 e de 27 de janeiro de 2011,

No âmbito do citado processo nº 850/10, em 27 de janeiro de 2011, foi decidido pelo STA, que:

“I - O prazo de um mês, previsto no artigo 101, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aplica-se a todos os casos de impugnação, previstos no artigo anterior.

II - Nos termos desse artigo 101, ocorre a exceção de caducidade do direito de acionar ato contido em documento conformador do concurso, se a interessada não exercer esse direito no referido prazo de um mês, contado da data em que teve conhecimento de tal documento.

III - A falta de tempestiva impugnação direta de peça do concurso, designadamente do Programa do Concurso, obsta a que o concorrente interessado venha a impugnar, com fundamento em ilegalidade de disposição contida nessa mesma peça concursal, o ato final de adjudicação, que deu aplicação concreta a tal disposição.”.

Contudo, este aresto mereceu um voto de vencido, por não se concordar com a citada doutrina e, com isso, se entender não ocorrer a referida caducidade do direito de ação.

Em aresto posterior, o STA, no processo nº 426/11, de 26 de maio de 2011, admitiu novo recurso de revista, com vista a apurar se um interessado, não tendo impugnado uma norma do programa do concurso, perde ou não a possibilidade de impugnar o ato final de adjudicação com fundamento na ilegalidade dessa norma, o qual não foi objeto de decisão, atenta a desistência do recurso entretanto ocorrida.

Para o efeito, releva distinguir as situações de impugnação *direta* do documento conformador do procedimento, da impugnação *incidental* desse documento, no âmbito da impugnação do ato final do procedimento.

A doutrina e a jurisprudência, têm considerado que apenas quando o interessado venha a juízo impugnar *diretamente* as normas do procedimento, se atende ao prazo de impugnação previsto no artigo 101º do CPTA, contado da notificação ou do conhecimento da norma contida no documento em questão e que, nos demais casos, quando haja a impugnação *incidental* de tais normas, mediante dedução do pedido impugnatório do ato final, com fundamento na ilegalidade em alguma norma do procedimento, se atende ao prazo de impugnação, contado da prática do ato final.

O STA veio agora firmar no aresto datado de 27 de janeiro de 2011 que o prazo de impugnação aplica-se a todos os casos de impugnação, designadamente no caso de ser impugnado o ato final com fundamento na aplicação de norma ilegal.

Não obstante ser prematuro dizer se a doutrina do processo nº 850/10, de 27 de janeiro de 2011, se irá consolidar, visto ter merecido um voto de vencido e se conhecer apenas uma decisão que acolhe tal entendimento, não tendo sido decidido o segundo recurso de revista sobre a mesma questão de Direito, parece-nos que o citado aresto do STA representa um retrocesso em relação ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, concedendo uma menor proteção aos interessados, ao fazer tábua rasa do princípio previsto no artigo 52º do CPTA, aplicável à ação de contencioso pré-contratual, por força do disposto no nº 1 do artigo 100º do mesmo Código.

Relembrando o teor da disposição legal contida no nº 3 do artigo 52º do CPTA, que não exclui a possibilidade do interessado impugnar os atos administrativos praticados em aplicação dessas normas com fundamento na respetiva ilegalidade e o espírito enformador do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, ressalta a finalidade do legislador em, por um lado, permitir ao interessado aguardar pelo desfecho do procedimento e impugnar o ato final com fundamento, *inter alia*, na ilegalidade de alguma norma do documento conformador do procedimento e, por outro, em evitar que sobre o mesmo procedimento pré-contratual se instaurem tantos os processos quantos os atos/normas lesivos, com efeitos externos, que ao longo da sua tramitação sejam praticados pela entidade adjudicante.

Pelo que, se extrai de tal opção legislativa, além de uma finalidade de natureza garantística ou de proteção dos interessados, em concretização do princípio da tutela jurisdicional efetiva, também uma preocupação com o uso racional dos meios processuais, evitando a multiplicidade de processos a propósito do mesmo procedimento.

Desse modo, à luz do disposto no nº 3 do artigo 52º do CPTA, é possível instaurar uma única ação e nela discutir tudo quanto foi praticado no âmbito do procedimento de formação de contratos, ainda que incidentalmente, como acontecerá no caso de não ter existido a impugnação tempestiva e direta, da norma inclusa no documento conformador do procedimento.

O STA, no citado acórdão, veio por em causa essa possibilidade, fazendo depender o conhecimento e decisão da legalidade do ato de adjudicação com fundamento na ilegalidade da norma por ele aplicada, da impugnação *direta* da peça do procedimento, isto é, *impondo* o exercício do direito de impugnação direta da norma do procedimento no prazo de um mês ao interessado, contado da data em que teve conhecimento de tal documento.

A doutrina expendida, se poderá ter menor alcance em relação aos interessados não concorrentes ao procedimento – por estes poderem invocar que apenas tiveram conhecimento do teor da peça do procedimento no momento do conhecimento do ato final de adjudicação –, terá maior projeção sobre os concorrentes do procedimento pré-contratual em causa, pois, neste caso, tendo tomado oportuno conhecimento dos documentos conformadores do procedimento, não poderão aguardar por uma fase mais adiantada e impugnar incidentalmente as normas contidas em tais documentos no âmbito da ação de impugnação do ato final, isto é, como fundamento da ilegalidade do ato de adjudicação.

Resta por isso aguardar a reapreciação da mesma questão de Direito pelo STA, de modo a compreender até que ponto a doutrina extraída do processo nº 850/10, de 27 de janeiro de 2011, se tenderá a manter.

Tal remete-nos para a questão do “padrão do acordo” e que o “desacordo é temporário”, no sentido de que o parecia incontestável passa a contestado, mediante uma nova e diferente interpretação, que até pode ser radical, de uma parte importante da aplicação do Direito⁹.

VI. Balanço final

Em jeito de balanço, foram explanados alguns casos da jurisprudência nos Tribunais Administrativos, onde é patente a *interpenetração* do direito europeu no direito nacional, não obstante as mutações normativas do direito internacional.

Mais do que nunca no passado, deve falar-se, na atualidade, de uma ordem jurídica supraestadual, que põe em causa o modelo de ordem constitucional nacional.

A este propósito, deve questionar-se se pode recair sobre um Estado, para além de qualquer Tratado ou Acordo, uma obrigação que o vincula perante outros Estados, para além do perigo que hoje existe e é real, de existir o “poder legislativo” ou a criação de uma ordem jurídica supraestatal, confiado apenas a certos Estados, com a conseqüente imposição de um direito internacional fruto das suas ideologias e conceções e a inerente limitação do princípio da igualdade soberana dos Estados.

A par da *coexistência* de normas internacionais com as normas nacionais, existe o *reforço* da jurisprudência internacional, quer na resolução de litígios nacionais, quer de

⁹ Cfr. Ronald Dworkian, “*O Império do Direito*”, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pág. 112.

conflitos transfronteiriços, que determina uma nova relação entre órgãos e instâncias jurisdicionais, numa época de globalização.

São os Tribunais, por excelência, quem permite a passagem e a interpenetração entre ordens jurídicas, existindo mais do que antes, o *diálogo* entre Tribunais, seja entre os Tribunais nacionais e o TJUE, seja entre o TJUE e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) ou entre o TEDH e os Tribunais nacionais, e vice-versa.

Utilizando a terminologia de alguma doutrina, vivemos o fenómeno da “interconstitucionalidade na União Europeia”¹⁰, traduzida na “abertura do direito constitucional para além do Estado”.

Tal corresponde à interação de normas de distintas ordens jurídicas no mesmo espaço, decorrendo das relações estabelecidas entre a União Europeia e as diferentes ordens constitucionais dos Estados-membros, num diálogo entre as Constituições, o que implica uma atuação *em rede*, isto é, do direito nacional, da União Europeia e do direito internacional.

¹⁰ Expressão usada por Alessandra Silveira, “*Da interconstitucionalidade na União Europeia (ou do esbatimento de fronteiras entre ordens jurídicas)*”, in *SCIENTIA IVRIDICA*, Tomo LX, n° 326, maio/agosto de 2011, pág. 211 e segs..