

O DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SOB A INFLUÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL E DO EUROPEU

Intervenção de **Carlos Luís de Carvalho** (págs. 109/131 da Revista)

I. INTRODUÇÃO

Sejam-me consentidas algumas palavras iniciais.

A primeira para, antes demais, agradecer o amável e honroso convite que me foi dirigido pela Senhora Juíza Conselheira Dra. Fernanda Xavier, Presidente da AMJAFP, para participar neste colóquio sobre temática sempre atual e de importância crescente não só no nosso contenciosomas também nos domínios económicos e financeiros, felicitando-a e à Associação a que preside pelo dinamismo e rigor por que se pautam os eventos que vem sendo realizados, esperando vir a cumprir aquilo que é o "*programa/caderno de encargos*" de mais este evento e, assim, não desvirtuar as regrase os padrões sabiamente definidos.

A segunda para cumprimentar calorosamente os meus companheiros e companheira de painel com quem tenho o prazer de privar mais uma vez e, sempre, com os mesmos e os demais presentes muito aprender.

Feitos os devidos e merecidos agradecimentos importa, então, centrarmo-nos no tema definido como objeto deste colóquio para este 1.º painel, ou seja, do "*Direito da Contratação Pública sob a influência do Direito Internacional e do Europeu*", e fazê-lo na perspetiva dum simples prático aplicador do direito da contratação pública e do respetivo contencioso.

II. BREVES NOTAS DE ENQUADRAMENTO

A matéria da contratação pública e do seu contencioso vem assumindo um papel de crescente relevo em vários domínios que estão para além dos limites do próprio Direito e

reflete a importância e/ou o papel que a intervenção do Estado tem tido na atividade económica.

Com efeito, a contratação pública detém, no espaço da União Europeia e no processo de concretização ou de construção do mercado interno, um claro peso em termos económicos, representando em 1997 11% do PIB da União¹, em Fevereiro de 2004 já constituíam 16% do mesmo PIB², sendo que pode ler-se no relatório da Comissão sobre as negociações referentes ao acesso das empresas da Comunidade aos mercados de países terceiros nos setores abrangidos pela Diretiva 2004/17/CE que os "... alargamentos da UE de 2004 e 2007 adicionaram cerca de 55 mil milhões de euros em novas oportunidades de adjudicação de contratos, dos quais perto de 10 mil milhões equivalem a aquisições no sector dos serviços públicos. No EEE, o mercado de contratos públicos de serviços está avaliado em 460 mil milhões de euros, dos quais cerca de 81 mil milhões representam contratos públicos acima dos limiares, sujeitos a regras de adjudicação idênticas (diretivas) ..." ³.

Face aos dados acabados de referir e consideradas as implicações que agrave situação socioeconómica e financeira que atravessamos ao nível da União e mesmo global comporta resulta clara a necessidade, mesmo a importância, de regulamentar e estar atento às matérias atinentes à contratação pública tanto mais que esta assume importância não apenas no plano jurídico com as necessidades de harmonização para construção do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (vulgo «ELSJ»), mas também no plano económico pelas repercussões que os contratos, como atos igualmente de cariz ou natureza económica, têm naquele processo de construção do mercado interno, sabida a importância e papel que a realização da despesa pública pode ter e de como a mesma pode produzir fortes distorções naquele mercado com consequentes implicações na e para a iniciativa privada.

Daí a necessidade sentida de imposição de procedimentos específicos de contratação pública, enquanto meio de garantir ou assegurar a liberalização do mercado e, dessa forma, lograr obter um mercado concorrencial entre os operadores económicos, quando é conhecido e assente que o conceito comunitário de concorrente é um conceito amplo no qual se integram igualmente os entes públicos caso estes atuem como operadores privados.

¹Cfr. Relatório da Comissão sobre o funcionamento dos mercados de produtos e de capitais da Comunidade apresentado em resposta às conclusões do Conselho Europeu de Cardiff, que teve lugar em 15/16 de Junho de 1998.

²Cfr. Documento da Comissão, datado de 03.02.2004, denominado "*Report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future*".

³Relatório da Comissão de 28.10.2009 - COM(2009)592 final.

Mercê daquela necessidade assistimos ao nascimento daquilo que podemos denominar dum Direito da União dos Contratos Públicos, ou mais vastamente dum Direito Europeu dos Contratos Públicos⁴⁻⁵⁻⁶⁻⁷, que mais não é do que, ao nível desta específica matéria, um reflexo ou uma ponta do "iceberg" de todo um processo mais vasto de criação dum espaço de direito privado e público comum, sendo disso exemplo domínios como as obrigações contratuais, os seguros, as relações laborais, a segurança social, menores e obrigações de alimentos, os consumidores, o ambiente, etc., etc., bem como o advento dum direito administrativo europeu, quiçá mesmo, internacional.

Na verdade, como adentou a instituição das então Comunidades e todo o processo evolutivo que desaguou na União assistiu-se a um fenómeno de europeização mercê da influência direta do processo de harmonização legislativa em preendido nos eiodas mesmas Comunidades e de aplicação uniforme do Direito Comunitário / União assegurado habilmente através do engenho interpretativo do Tribunal de Justiça (doravante «TJ»), processo esse que facilmente podemos comprovar ou atestar muito simplesmente pela leitura dos vários e inúmeros diplomas legais que são publicados e pelas constantes e expressas referências nos seus termos ao quadro normativo da União que visam transpor e aplicar, bem como pela leitura das próprias decisões judiciais que vem sendo proferidas comparando-as com as de outros tempos não muito remotos.

No domínio que nos é mais caro, o do Direito Administrativo, assiste-se a uma "contaminação recíproca" entre Direito da União e o Direito Administrativo, contaminação essa que em vários sentidos: um descendente (DU influencia e impõe certas regras e princípios aos DA dos Estados-membros); outro ascendente (mercê de padrões normativos comuns aos DA ou soluções de um ou mais DA dos Estados-membros são recebidos e incorporados no DU) e, por fim, horizontal (em que acoexistência dos vários sistemas administrativos nacionais funcionalmente ajustados e interligados se influenciam reciprocamente no quadro dum processo aplicativo do DU). E para este mesmo fenómeno da europeização e criação do Direito Administrativo Europeu não podemos esquecer a

⁴ Fruto e produto em termos substantivos mormente da publicação, num primeiro momento, das Diretivas, num segundo momento, das Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, ambas de 31.03, publicadas no JOUE, L 134, de 30.04.2004, alteradas, nomeadamente, pela Diretiva n.º 2005/51/CE, de 07.09, publicada no JOUE, L 257, de 01.10.2005 (retificadas pela Diretiva n.º 2005/75/CE, de 16.11, publicada no JOUE, L 323, de 09.12.2005), pelo Regulamento (CE) n.º 1177/09, de 30.11, publicado no JOUE, L 314, de 01.12.2009, o qual veio fixar novos limiares de aplicação no contexto dos processos de adjudicação de contratos.

E, em termos adjetivos, tenham-se presentes as denominadas Diretivas-Recursos 89/665/CEE, de 21.12 e 92/13/CEE, de 25.02, ambas alteradas pela Diretiva 2007/66/CE, de 11.12.

⁵ Nas palavras de Isabel Celeste Fonseca o "... direito europeu da contratação pública constitui um pilar da europeização. ..., a contratação pública está, desde há muito, sujeita a um direito europeu, sendo certo que a origem deste direito europeu dos contratos públicos se confunde com o próprio processo de construção do mercado único ..." (in: Direito da Contratação Pública ..., pág. 73).

⁶ Para um melhor aprofundamento do tema do direito europeu da contratação pública veja-se Maria João Estorninho em "Direito Europeu dos Contratos Públicos - Um olhar português", págs. 21/121, e no âmbito do direito administrativo Maria Luísa Duarte em "Direito Administrativo da União Europeia", Coimbra 2008.

⁷ Entretanto e já após a realização da conferência os limiares referidos na nota 4 vieram a ser alterados pelo Regulamento UE n.º 1251/011, de 30.11, publicado no JOUE, L 319, de 02.12.2011.

contribuição igualmente da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) (arts. 06.º e 13.º) e a doutrina interpretativa do TEDH, sendo que neste domínio a influência é mais vasta que as fronteiras da UE mercê do número superior de países signatários (46 no seu todo).

Daí que o ordenamento da União constitui um processo gradual de *"convergência internormativa"* a ponto de se viver hoje naquilo que denomino dum permanente *"PEC"*, não com o sentido que esta sigla nos vem tristemente marcando neste tempo de todas as crises, mas antes significando um *"Processo de Europeização em Curso"*.

III.DA INFLUÊNCIA INTERNACIONAL E EUROPEIA NO NOSSO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Sem quaisquer preocupações teóricas e doutrinárias, elegi na e para a demonstração dessa influência no âmbito que constitui o objeto deste painel, alguns acórdãos dos tribunais nacionais e comunitários sobre vários temas ao nível da contratação pública em domínios que vão da denominada contratação *"in house"* ao contencioso jurisdicional pré-contratual (principal e cautelar), passando por certos aspetos da responsabilidade civil e por outras quantas questões em sede da definição e densificação dos fatores/subfatores dos critérios da adjudicação, na certeza que tal influência perpassa em muitos outros domínios como é evidenciado pelo objeto das demais comunicações.

A) AO NÍVEL DA CONTRATAÇÃO «IN HOUSE»

Nesta matéria, e como deixei escrito já noutra local⁸, a doutrina a ela subjacente *"...pelos contornos que envolve ou implica, bem como pelos seus desenvolvimentos, tem trazido claras implicações ou mesmo limitações/compressões aos poderes dos Estados-Membros da UE em termos da sua reserva tendencialmente absoluta em matéria de estruturação da sua organização interna ..."*, na certeza de que a *"... sujeição às exigências que se colocam à construção do mercado interno, necessariamente como mercado concorrencial, impõem às Administrações Públicas de cada Estado-Membro especiais exigências em matéria do seu aprovisionamento e satisfação de necessidades quanto a bens e serviços de que careçam para o prosseguimento da sua atividade e quando o façam com recurso a meios que não lhe sejam próprios ..."* sendo de notar que *"... quando a Administração decida no exercício de opção discricionária pela realização ou pela produção de bens e serviços de que necessite através dos seus serviços integrados na administração direta não*

⁸Cfr. "Breves notas a propósito das relações «in house» no âmbito do regime da contratação pública" in: "Revista de Contratos Públicos", n.º 1, págs. 85 e segs., em especial, págs. 86/87.

nos situamos no âmbito da concorrência e, como tal, o problema da sujeição a procedimentos pré-contratuais de natureza concursal não se coloca, porquanto nesse domínio não se pode falar na existência duma relação contratual dado inexistir sequer uma dualidade subjetiva ...".

Na origem e delimitação desta doutrina importa ter presente a jurisprudência comunitária, iniciada pelo de todos conhecido acórdão «Teckal»⁹, dela derivando que certas e determinadas operações devem ter-se como excluídas do regime da contratação pública e da sujeição a procedimentos pré-contratuais de natureza concursal, decorrendo do seu juízo que estariam excluídas as operações em que a relação estabelecida entre a entidade adjudicante e o terceiro (entidade adjudicatária) se traduza numa operação meramente doméstica e daí o uso da expressão de «*in house*».

De harmonia com o referido entendimento jurisprudencial firmado na citada decisão estaremos em presença duma relação «*in house*» sempre que, verificando-se a existência de um contrato, a entidade adjudicatária, embora distinta da entidade adjudicante num plano estritamente formal, não seja todavia desta autónoma no plano decisório ou em termos substanciais, sendo que na aferição ou verificação de uma relação «*in house*» foram exigidos o preenchimento de dois critérios cumulativos e permanentes: (i) Que a entidade adjudicante exerça sobre a entidade com a qual pretenda celebrar o contrato um controlo análogo àquele que exerce sobre os seus próprios serviços; e (ii) Que a entidade com a qual seja celebrado o contrato visado realize o essencial da sua atividade em benefício da entidade adjudicante.

Estando-se em presença duma relação «*in house*» tal implica que não haverá lugar à aplicação das regras gerais da contratação pública, pois, na realidade tudo se processa no âmbito de uma "*relação interna*" de fornecimento e satisfação de necessidades da(s) própria(s) entidade(s) adjudicante(s) nas quais o outro cocontratante será uma "*longa manus*" desta(s) mesma(s) entidade(s) pese embora se estar perante pessoas juridicamente distintas.

Reflexo nesta matéria da influenciado Direito da União e da jurisprudência do «TJ», ela própria marcante do próprio processo de construção daquele, que no espaço anglo-

⁹O litígio em apreciação naquele aresto prendia-se como facto da Comuna de Vianohaver adjudicado a gestão de um serviço à empresa «AGAC» (agrupamento constituído por 45 comunas, entre os quais a de Viano, que detinha uma participação social de 0,9%), discutindo-se, então, se a adjudicação do contrato deveria ter sido precedida de um procedimento concursal.

saxónico se denomina de «*in houseproviding*», veja-se desde logo o nosso quadro normativo (cfr. art. 05.º do CCP).

Com efeito, prevê-se no n.º 2 do art. 05.º do CCP que o “... *regime da contratação pública estabelecido na Parte II do presente Código também não é aplicável aos contratos, independentemente do seu objeto, a celebrar pelas entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que, cumulativamente: a) A entidade adjudicante exerça sobre a atividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua atividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior ...*”.

Ressuma da análise do normativo reproduzido que o legislador nacional procurou transpor, em parte, para o ordenamento jurídico interno os critérios enunciados pelo citado acórdão «*Teckal*» [o do «*controlo análogo*» e o do «*destino essencial da atividade*»], sem, todavia, avançar ou inovar com a previsão de novas soluções ainda que não assumidas pela jurisprudência do «TJ».

Pese embora esta consagração importa, no entanto, ter presente que na concretização e caracterização dos aludidos critérios nos devemos socorrer, ou fazer uso, da jurisprudência comunitária produzida e que se venha a produzir sobre o instituto¹⁰, de molde a que inexista uma cristalização dos conceitos em referência.

Ora como traços gerais do regime legal consagrado enuncia-se o facto do regime das relações «*in house*» apenas excluir do âmbito de aplicação do CCP a fase de formação do contrato e já não a sua execução (parte III do referido código)¹¹, o de se ter consagrado em termos da caracterização do critério do «*destino essencial da atividade*» a solução mais recente e flexível decorrente da jurisprudência comunitária [o essencial da atividade destinar-se não apenas à entidade adjudicante que está a contratar, mas também ao conjunto de entidades que

¹⁰Cfr., enquanto aplicação prática efetiva do entendimento aludido, a interessante **jurisprudência** firmada pelo **Tribunal de Contas** em várias das suas decisões mais recentes e que foram proferidas já no âmbito do CCP [vide, entre outros, **Acs. n.º 106/09**, de 11.05.2009 (Proc. n.º 193/09 - «*MAOTDR/Parque Expo 98, SA*»), **n.º 143/09**, de 22.07.2009 (Proc. n.º 349/09 - «*Hospital/SUCH*»), **n.º 151/09**, de 22.09.2009 (Proc. n.º 1249/09 - «*Estado/Parque Expo 98, SA*»), **n.º 154/09**, de 13.10.2009 (Proc. n.º 1791/09 - «*Estado/Parque Expo 98, SA*»), **n.º 159/09**, de 29.10.2009 (Proc. n.º 1045/09 - «*ARSN, IP/SUCH*»), **n.º 06 /10**, de 25.02.2010 (Proc. n.º 1825/09 - «*ARSN, IP/SUCH*»), **n.º 01/10 (Plenário)** de 19.01.2010 (Rec. n.º 17/09 - Proc. n.º 193/09) todos in: «www.tcontas.pt/»].

¹¹ Vide Alexandra Leitão, em “Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações «*in house*»”, in: CJA, n.º 65, pp. 14 e segs..

sobre a mesma exercem o «*controle análogo*»]¹²⁻¹³, e, bem assim, o facto da aferição dos critérios exigidos dever ser efetuada de uma forma casuística.

À luz do regime que se mostra consagrado em texto de lei colocam-se novos desafios aos aplicadores do direito na caracterização dos critérios enunciados no âmbito deste instituto, tendo por referência, ou pano de fundo, as diferentes e heterogêneas categorias de entidades que integram a atual organização administrativa portuguesa e os respetivos regimes normativos a que se encontram sujeitos e que os disciplinam nas suas atividades e missões.

Entre tais desafios emerge, nomeadamente, a questão que se mostra em aberto no CCP e que se prende com a exigência ou não, para que se verifique uma relação «*in house*», da inexistência de participações privadas na entidade cocontratante (adjudicatária)¹⁴.

Ora a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade na qual também participa a entidade adjudicante em causa exclui, no entendimento da jurisprudência comunitária, que esta entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um «*controle análogo*» ao que exerce sobre os seus próprios serviços¹⁵ e daí que estejamos fora do âmbito do regime excecional da doutrina/relação «*in house*».

Na sequência deste entendimento será, pois, de excluir a subsistência do «*controle análogo*» no caso de sociedades de economia mista e isto ainda que a participação do capital público se sobreponha de forma significativa à do capital privado, já que a participação privada, com a lógica do lucro que lhe está subjacente, «*contaminaria*» irreversivelmente a

¹²Cfr., entre outros, os **Acórdãos do TJ "Parking Brixen"** (Proc. n.º C-458/03) e **"Carbotermo"** (Proc. n.º C-340/04), bem como as conclusões produzidas no âmbito destes processos pelas Advogadas-gerais Juliane Kokott e C. Stix-Hackl, consultáveis em: «www.curia.europa.eu/jurisp/».

¹³Para efeitos de verificação do preenchimento do critério do «destino essencial da atividade», a jurisprudência do «TJ», fugindo a expressões quantitativas exatas (exceção feita para o **Acórdão do TJ "Tragsa II"** - Proc. n.º C-295/05 - em que se considerou que mercê da "Tragsa" realizar, em média, mais de 55% da sua atividade com as Comunidades Autônomas e quase 35% da sua atividade com o Estado estar verificado o critério em apreciação) para estimar/concretizar o critério, tem feito apelo a conceitos indeterminados, falando em «quase exclusividade», em «todas as prestações de serviços», «em grande parte», «substancialmente», «a maior parte» (cfr., v.g., **Ac. do TJ "Comissão v. República Federal da Alemanha"** - Proc. n.º 480/06), «atividade marginal» (cfr., v.g., **Ac. do TJ "Carbotermo"** e **"Sea Srl"** - Proc. n.º C-573/07), o que acaba por introduzir alguma dose de incerteza e de insegurança jurídica na aplicação concreta deste mesmo critério.

¹⁴A este propósito refere Cláudia Viana que "... o CCP não transpôs adequadamente a jurisprudência comunitária na parte relativa à existência de capital privado. ..., em nosso entender, deverá ser tida em conta esta jurisprudência, sendo que a relação «*in house*» ficará afastada no caso de o cocontratante ter participação de capital privado ..." (em "A participação de entes públicos (e equiparados) como concorrentes em procedimento de contratação pública", CJA n.º 75, p. 52).

¹⁵Cfr. **Acórdãos do TJ "StadtHalle"** (Proc. n.º C-26/03), **"CoditelBrabant, SA"** (Proc. n.º C-324/07), **"Comissão v. República Italiana"** (Proc. n.º C-337/05), **"Sea Srl"** (Proc. n.º C-573/07) e **"AcosetSpA"** (Proc. n.º C-196/08).

relação entre entidade adjudicante e entidade adjudicatária inviabilizando a sua subtração ao confronto concorrencial¹⁶.

Em desenvolvimento desta jurisprudência importa ter presentes os considerandos expendidos do acórdão do «TJ» de 10.09.2009 (*“SeaSrl”* - Proc. n.º C-573/07 - sob os n.ºs 47 a 54) nos quais se refere, e passa-se a citar, que em “... regra, a existência efetiva de uma participação privada no capital da sociedade adjudicatária deve ser verificada no momento da adjudicação do contrato público em causa (...). Pode igualmente ser pertinente ter em conta o facto de que, no momento em que uma entidade adjudicante atribui um contrato a uma sociedade na qual detém a totalidade do capital, a legislação nacional aplicável prevê a abertura obrigatória da sociedade, a curto prazo, a outros capitais (...). Exceionalmente, circunstâncias particulares podem exigir que sejam tidos em consideração factos ocorridos após a data da adjudicação do contrato em causa. É este o caso, em particular, quando ações da sociedade adjudicatária, anteriormente detidas inteiramente pela entidade adjudicante, são transmitidas a uma empresa privada pouco depois de o contrato em causa ter sido adjudicado a essa sociedade no quadro de um artifício destinado a contornar as normas comunitárias na matéria (...). É verdade que não se pode excluir a possibilidade de ações de uma sociedade serem vendidas a terceiros em qualquer momento. No entanto, admitir que esta mera possibilidade possa manter em suspenso indefinidamente a apreciação sobre o carácter público ou não do capital de uma sociedade adjudicatária de um contrato público não seria conforme com o princípio da segurança jurídica. Se o capital de uma sociedade for inteiramente detido pela entidade adjudicante, sozinha ou conjuntamente com outras autoridades públicas, no momento em que o contrato em questão é adjudicado a essa sociedade, a abertura do capital da sociedade a investidores privados só pode ser tomada em consideração se existir, nesse momento, uma perspectiva concreta e a curto prazo dessa abertura. Daqui resulta que, numa situação como a do processo principal, em que o capital da sociedade adjudicatária é inteiramente público e em que não há nenhum indício concreto da abertura iminente do capital dessa sociedade a acionistas privados, a mera possibilidade de particulares participarem no capital da referida sociedade não basta para se concluir que a condição relativa ao controlo da autoridade pública não foi preenchida. Esta conclusão não é posta em causa pelas considerações que constam do n.º 26 do acórdão de 21 de Julho de 2005, *Coname* (...), segundo as quais o facto de uma sociedade como a que está em causa no processo que deu origem a esse acórdão estar aberta ao capital privado impede que seja considerada uma estrutura de gestão interna de um serviço público no âmbito dos municípios que dela fazem parte. Com efeito, nesse processo, tinha sido adjudicado um serviço público a uma sociedade cujo capital não era inteiramente público, mas maioritariamente público, e, portanto, misto, no momento dessa adjudicação (...). Importa, todavia, esclarecer que, no caso em que um contrato tenha sido adjudicado, sem concurso, a uma sociedade

¹⁶Admitindo, em certas condições, a possibilidade das sociedades de capitais mistos se poderem conformar com os requisitos constitutivos do «*in house providing*» vide Bernardo Azevedo (em *“Contratação in house: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado”*, in: *«Estudos da Contratação Pública - I»*, pp. 138/139), Pedro Gonçalves (in: *“Regime Jurídico das Empresas Municipais”*, 2007, pp. 186/187), bem como as conclusões sustentadas pelos Advogados-gerais Léger (Proc. n.º C-94/99 - *“Arge”*) e Christine Stix-Hackl (Proc. n.º C-26/03 - *“StadtHalle”*), os quais pugnam por um entendimento menos formal e mais flexível do critério. Aderindo-se a este posicionamento importa, no entanto, ter em atenção que a participação de privados não permita a formação duma minoria de bloqueio.

de capitais públicos nas condições indicadas no n.º 51 do presente acórdão, o facto de, posteriormente, mas sempre durante o período de validade desse contrato, ser permitido a acionistas privados participar no capital da referida sociedade constituiria a alteração de uma condição fundamental do contrato, exigindo assim a realização de um concurso ...”.

Refira-se, ainda, que na apreciação deste critério o «TJ» chama ainda a atenção para que se deve ter em conta todas as disposições legislativas e circunstâncias de facto pertinentes¹⁷.

Em situação peculiar apreciada o «TJ» no seu acórdão de 09.06.2009 “*Comissão v. República Federal da Alemanha*” (Proc. n.º C-480/06)¹⁸, após reafirmar a sua jurisprudência nesta matéria, acabou por considerar não ilegal o contrato outorgado pelos Landkreise (circunscrições administrativas) de Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. e Stade com os Serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo para eliminação dos resíduos sem que tal contrato de prestação de serviços tenha sido objeto de concurso público no quadro de um processo formal à escala da União Europeia, fundamentando o seu entendimento no facto de “... o direito comunitário de maneira nenhuma impõe às autoridades públicas, para assegurar conjuntamente as suas missões de serviço público, que recorram a uma forma jurídica especial ...” e que “... essa colaboração entre as autoridades públicas não pode pôr em causa o objetivo principal das disposições comunitárias em matéria de contratos públicos, isto é, a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros, desde que a realização desta cooperação seja regida unicamente por considerações e exigências próprias à prossecução de objetivos de interesse público e que o princípio da igualdade de tratamento dos interessados consagrado na Diretiva 92/50 seja garantido, de modo que nenhuma empresa privada seja colocada numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes ...”.

Admitiu-se, assim, a abertura ao estabelecimento de formas contratuais de cooperação interadministrativas sem que tal envolva distorção das regras comunitárias da contratação pública.

Revertendo, agora, neste aspeto à influência exercida sobre a jurisprudência nacional produzida nesse domínio veja-se, desde logo, o acórdão do Tribunal de Contas n.º 07/2010 (Plenário) de 09.03.2010 [Rec. n.º 22/09 - Proc. n.º 349/09 - «Hospital/SUCH»]¹⁹ onde se considerou que entre as entidades públicas adjudicantes (no caso o «Hospital de Faro, EPE») e associadas do

¹⁷Cfr., por todos, **Acórdão do TJ “Parking Brixen”**, já referido.

¹⁸Consultável também em: «www.curia.europa.eu/jurispl/».

¹⁹Consultável em «www.tcontas.pt/» e publicado igualmente no DR II.ª série, n.º 144, de 27.07.2010, pp. 40197 e segs..

«Serviço de Utilização Comum dos Hospitais -vulgo "SUCH"» e essas entidades terceiras, a quem a decisão de adjudicação é transmitida, não existe um «controlo análogo» semelhante ao que aquelas detêm sobre os seus próprios serviços, recusando assim estar-se perante relação "in house".

Estava em causa a concessão de visto a contrato, assinado em Dezembro de 2008 e para vigorar durante todo o ano de 2009, que consistia num protocolo de "Prestação de Serviço de Tratamento e Fornecimento de Roupa em Regime de Aluguer ao Hospital de Faro, EPE", celebrado entre aquele hospital e o "Serviço de Utilização Comum dos Hospitais - SUCH" nos termos do qual o "SUCH" prestaria ao Hospital de Faro serviços de "...fornecimento, em regime de aluguer, de roupa hospitalar incluindo fardamentos, constituindo responsabilidade do SUCH adquirir, renovar e manter atualizado o «stock» definido pelo SUCH e pelo HF; ... Recolha de roupa suja nos serviços do HF; ... Pesagem de roupa suja no Serviço de Rouparia do HF ...; ... Transporte da roupa para as instalações do SUCH; ... Triagem da roupa em função da sua sujidade e tipologia; ... Lavagem, secagem, calandragem, dobragem, prensagem e engomagem da roupa de acordo com a sua tipologia, nas instalações do SUCH; ... Triagem da roupa que não esteja em condições de ser utilizada, por necessitar de ser reparada ou substituída ...; ... Entrega de roupa limpa nos serviços do HF, sendo a pesagem efetuada no Serviço de Rouparia na presença de um funcionário do HF e de um funcionário do SUCH ...; ... Fornecimento de 4 (quatro) carros fechados em estrutura de alumínio para o transporte interno da roupa, de 1 (uma) balança para pesagem da roupa e de um sistema informático composto por 5 (cinco) PDA e 1 (um) computador para gestão do processo de reposição de roupa nos Serviços ...", sendo que os serviços seriam pagos ao SUCH pelo Hospital de Faro, com base na fixação de um preço por quilograma de roupa, em função da sua tipologia. A adjudicação pelo CA da instituição hospitalar foi feita por ajuste direto com um valor previsto de despesa de 689.536,00€.

Considerou aquele Tribunal no seu juízo de recusa de visto que o facto de serem "... associados do SUCH, para além de entidades públicas - serviços da administração direta do Estado, institutos públicos, entidades públicas empresariais - também entidades privadas, como é o caso de instituições particulares de solidariedade social e sociedades anónimas ...", sendo que são "... estes associados - os públicos e os privados - que têm assento na assembleia-geral, elegem a sua mesa, elegem a maioria dos membros do conselho de administração, elegem a totalidade dos membros do conselho fiscal, aprovam os planos estratégicos e de atividades do SUCH, aprovam o relatório e contas anuais, apreciam a gestão do SUCH, decidem os recursos interpostos pelos associados de decisões irregulares do conselho de administração, deliberam sobre a aquisição, alienação e oneração de bens imóveis e sobre a contração de empréstimos ..." e que "... mesmo que se considerasse que a participação privada no SUCH é, atualmente, diminuta, ou que os associados privados intervêm, não na qualidade de prestadores de serviços, mas sim de na qualidade de

beneficiários, ainda assim há que ponderar a questão dos Agrupamentos Complementares de Empresas (ACE) criados pelo SUCH, bem como de outras entidades com a participação de privados, que venham a ser criadas para prestar serviços aos seus associados ..." pois "... no caso dos ACE - ou de outras entidades através das quais são prestados serviços - que integram ou podem integrar parceiros privados, a escolha de um procedimento de adjudicação direta ao SUCH (ou aos próprios ACE ou a essas outras entidades) permite que as empresas privadas participantes, beneficiem de condições mais vantajosas relativamente a outros concorrentes ...", pelo que "... a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital social de uma sociedade, no qual participa também a entidade adjudicante em causa, exclui de qualquer forma, que esta entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços ...".

Também e ainda neste âmbito da contratação "*in house*" atente-se no acórdão do Tribunal de Contas n.º 151/2009, de 22.09.2009 (1ª S/SS - Proc. n.º 1249/09)²⁰ no qual se sustentou que de "... acordo com o disposto no art. 05.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, constituem pressupostos para a verificação de uma relação *in house*, o controlo da entidade contratada pela entidade adjudicante em termos análogos ao controlo que exerce sobre os seus próprios serviços e a destinação do essencial da atividade da entidade controlada em benefício da entidade adjudicante ...".

Estava em causa, neste caso, processo de submissão a fiscalização prévia com vista à obtenção de visto de contrato de prestação de serviços celebrado entre o Estado Português e a "*Parque EXPO 98, SA*" para a "*gestão e coordenação da empreitada de remodelação parcial do interior do edifício da antiga Fábrica Nacional de Cordoaria, para realocização dos serviços do Ministério da Cultura*", no valor de 415.000,00€, acrescido de IVA, contrato esse que havia sido antecedido de procedimento de adjudicação direta.

Fazendo apelo e uso dos dois requisitos supra enunciados insertos no n.º 2 do art. 05.º do CCP considerou que a sociedade "*Parque EXPO*" não reunia os pressupostos para a sua caracterização como relação "*in house*" tal como a mesma se mostra definida no n.º 2 do art. 05.º do CCP visto não estarem verificados os dois requisitos previstos no citado preceito.

Com efeito, pese embora se tratar de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos detida pelo Estado em 99,43% o seu Conselho de Administração detinha, todavia, estatutariamente uma ampla autonomia decisória, tanto em matéria de gestão ordinária como de gestão extraordinária, cabendo-lhe definir a sua estratégia negocial, sendo que

²⁰Consultável in: «www.tcontas.pt».

nem as orientações estratégicas nem as orientações específicas dadas pelo acionista Estado interferiam, de forma concretizada, com a esfera de gestão daquele Conselho, respeitando a sua ampla autonomia decisória.

Conclui então que a mesma sociedade tinha "*... uma significativa autonomia empresarial para destinar livremente ao mercado os seus próprios produtos, podendo exercer uma parte importante da sua atividade económica junto de outros operadores, que não os seus acionistas ...*" na certeza de que da análise da sua atividade económica se constatava "*... que nem a mesma depende exclusivamente do Estado e das suas decisões nem beneficia exclusivamente o Estado ...*" pois "*... desenvolve, direta e indiretamente, atividades em diversos mercados, nos quais dispõe de liberdade de ação, concorrendo com as demais empresas que atuam nos mesmos ...*" tratando-se assim duma "*... empresa pública concorrencial e de serviços abrangidos pela liberdade de prestação de serviços consagrada no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia ...*", termos em que o ajuste direto em seu favor consubstancia uma relação privilegiada com o Estado, que desvirtua a concorrência e constituía uma violação a disposto no art. 08.º, n.ºs 1 e 2 do Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado (RJSEE), bem como, atento o valor do contrato, ao estipulado no art. 20.º, n.º 1, al. b) do CCP, já que o contrato deveria ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação dos respetivos anúncios no JOUE, formalismos e procedimentos esses que foram preteridos e que geraram a recusa do visto.

Sustentando idêntico entendimento jurisprudencial veja-se também o acórdão do mesmo Tribunal n.º 154/2009, de 13.10.2009 (1ª S/SS - Proc. n.º 1791/09)²¹ no âmbito de processo de fiscalização prévia relativo a contrato de prestação de serviços celebrado entre o Estado Português e a "*Parque EXPO 98, SA*" mas agora para a "*gestão e coordenação dos trabalhos de requalificação da Casa das Artes*", no valor de 1.250.000,00€ acrescido de IVA.

B) AO NÍVEL DOS CRITÉRIOS ADJUDICAÇÃO (DEFINIÇÃO E DENSIFICAÇÃO FATORES/SUBFATORES)

Redirecionando, agora, a nossa atenção para questão diversa cuidemos da matéria que se prende com a definição e densificação dos fatores/subfatores ao nível dos critérios da

²¹Consultável no mesmo sítio.

adjudicação e de como a mesma vem sendo entendida e aplicada pelos tribunais nacionais, questão esta onde igualmente se denota uma marca clara da influência comunitária.

Reportamo-nos, no essencial, ao regime normativo que atualmente se mostra vertido, nomeadamente, nos arts. 74.º, 75.º, 139.º, 164.º, n.º 1, al. q) todos do CCP²², e que é marcadamente decalcado do regime comunitário e das diretivas já atrás referidas.

E no âmbito deste quadro normativo várias têm sido já as decisões que vem sendo proferidas, não as indo aqui referir ou enunciar todas por tal se mostrar impossível no tempo previsto para esta comunicação e a ilustre audiência aqui presente certamente não me "*perdoaria*" avançar com tal objetivo.

Nessa medida, apenas irei cuidar dalgumas dessas diversas decisões.

Assim, desde logo, atente-se no acórdão do STA de 19.10.2010 (Proc. n.º 0652/10)²³ que sustentou que o n.º 4 do art. 139.º do CCP proíbe que nos modelos de avaliação das propostas sejam utilizados quaisquer dados que dependam, diretamente ou indiretamente,

²² Resulta do art. 75.º do CCP, sob a epígrafe de "fatores e subfatores", que:

"1. Os fatores e os eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, não podendo dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes.

2. Apenas os fatores e subfatores situados ao nível mais elementar da densificação do critério de adjudicação, denominados fatores ou subfatores elementares, podem ser adotados para a avaliação das propostas.

3. O disposto na parte final do n.º 1 não é aplicável quando se tratar de um procedimento de formação de um contrato cujo objeto não abranja prestações típicas de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços.

4. Quando, por força do disposto no número anterior, fatores e eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação se refiram a elementos de facto relativos aos concorrentes, são-lhes aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras do presente Código respeitantes aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos".

Deriva do art. 139.º do mesmo Código que:

"1. No caso de o critério de adjudicação adotado ser o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas deve ser elaborado de acordo com o disposto nos n.ºs 2 a 4.

2. A pontuação global de cada proposta, expressa numericamente, corresponde ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada fator ou subfator elementar, multiplicadas pelos valores dos respetivos coeficientes de ponderação.

3. Para cada fator ou subfator elementar deve ser definida uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para o aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse fator ou subfator.

4. 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.

5. As pontuações parciais de cada proposta são atribuídas pelo júri através da aplicação da expressão matemática referida no n.º 3 ou, quando esta não existir, através de um juízo de comparação do respetivo atributo com o conjunto ordenado referido no mesmo número".

E da al. q) do n.º 1 art. 164º decorre que o "... programa do concurso limitado por prévia qualificação deve indicar: ... q) O critério de adjudicação, bem como, quando for adotado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os fatores e eventuais subfatores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respetivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos fatores ou subfatores elementares, a respetiva escala de pontuação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais ...".

²³ Consultável in: «www.dgsi.pt/jsta».

de atributos que não sejam apenas o de cada uma das propostas a avaliar, pretendendo-se obstar a que a avaliação de cada uma das propostas possa ser influenciada pelo conteúdo de qualquer outra proposta, violando o preceituado naquela norma uma regra do programa do concurso, relativa à avaliação do fator preço, nos termos da qual à proposta de preço mais baixo é forçosamente atribuída a pontuação de 30% e se calculam os valores a atribuir às restantes propostas com base numa proporcionalidade inversa.

E ainda no quadro do mesmo preceito sustentou-se no acórdão do TCA Sul de 16.06.2011 (Proc. n.º 07720/11)²⁴ que o mesmo é violado se o júri analisou os critérios de avaliação das propostas constante do programa do concurso [tarifário, mérito técnico e renda mensal] por recurso a fórmulas que comparavam o valor de cada proposta com o da proposta que oferecia valores mais baixos [caso do tarifário], maior número de caixas de pagamento automático ou maior número de meios afetos à gestão dos estacionamento públicos [mérito técnico] e renda mensal da proposta de renda mais elevada [renda mensal], ou seja, na elaboração do modelo de avaliação das propostas utilizou fórmulas de avaliação dos fatores do critério de adjudicação que determinavam a pontuação a atribuir em função da relação com outras propostas, quer por aproximação, quer por distanciamento de cada uma das outras propostas.

Recentemente o TCA Norte veio, ainda no quadro da aplicação do regime do art. 139.º, n.º 4 do CCP, firmar entendimento igualmente no sentido da ilegalidade da definição de fatores/subfatores no modelo de avaliação que se socorram de atributos das propostas dos concorrentes, todavia, fazendo apelo ao regime do n.º 4 do art. 283.º acabou por não invalidar o contrato.

Falamos do acórdão de 07.10.2011 (Proc. n.º 00858/10.5BEAVR)²⁵ em que se considerou que este último normativo "... configura uma válvula de escape do instituto da invalidade derivada do contrato, que visa evitar anulações que, em concreto, se mostrem desproporcionadas ou contrárias à boa fé, ou, então, se mostrem irrelevantes dado que a adjudicação, segundo a legalidade, levaria a outorgar o contrato ao mesmo adjudicatário e sem alterações do seu conteúdo essencial ...", sendo que estava em causa um concurso para adjudicação de empreitada denominada de "*Conceção/Construção da Empreitada da Sanjotec - Núcleo de I&D Empresarial*", entretanto já contratualizado e em

²⁴ Consultável in: «www.dgsi.pt/jtca».

²⁵ Consultável in: «www.dgsi.pt/jtcr».

execução, e em cujo anúncio e respetivo «PC» se previa como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa constando que na avaliação do fator “preço” a fórmula matemática ali definida fazia apelo no cálculo ao “menor preço proposto” pelos concorrentes.

Para o efeito considerou-se, mantendo o juízo firmado pelo tribunal recorrido, de que “...o modelo de avaliação adotado ... ao utilizar dados que dependem diretamente dos atributos das outras propostas apresentadas, especificamente o do menor preço proposto, e não somente dos atributos próprios das propostas a avaliar, viola o disposto no n.º4 do artigo 139.º do CCP ..., bem como os princípios gerais da contratação que subjazem a esse normativo ...”, mas confrontado com a aplicação à situação concreta do n.º 4 do art. 283.º do CCP entendeu e passamos a citar que “... o TAF anulou o ato de adjudicação e o contrato a pedido da concorrente que restou classificada em último lugar, isto é, no 13.º lugar. Resultando dos autos que este contrato se encontra em plena execução, não poderá este tribunal alhear-se, face ao n.º4 do artigo 283.º do CCP, de ponderar as consequências resultantes da sua anulação, sob pena de correr o risco de proferir uma decisão que fira o princípio da proporcionalidade, e seja, nessa medida, injusta. (...) Importará ter presente que o contrato em causa foi lançado por uma associação sem fins lucrativos, que tem por objetivo a constituição de uma estrutura que visa apoiar técnica e cientificamente a comunidade empresarial, de modo a contribuir para a respetiva modernização e desenvolvimento, através da inovação (...). (...) Desse contrato de financiamento consta que é objeto do contrato conceder uma comparticipação financeira do FEDER, destinada a financiar a dita obra, sendo essa comparticipação, até ao montante de 4.562.812,06€ na ordem dos 70%. Consta que o período de execução material e financeira da operação no ON2, é de 36 meses, a contar da data da celebração desse contrato, sendo que deverá ter início no prazo máximo de 180 dias após a assinatura do contrato de financiamento. E consta, ainda, ser obrigação do beneficiário executar a operação nos moldes previstos na decisão de aprovação, podendo o contrato ser unilateralmente rescindido pela Autoridade de Gestão se, nomeadamente, o beneficiário não cumprir as obrigações estabelecidas no contrato de financiamento, sendo que a rescisão do contrato de financiamento pela Autoridade de Gestão implica a devolução do apoio financeiro recebido pelo beneficiário (...)”, pelo que, e continuamos a citar, por um lado “... estamos perante um interesse particular, da recorrida, de natureza essencialmente económica, e que se alicerça numa perspetiva de satisfação algo nebulosa, dada a sua posição na graduação do concurso [último lugar]. E, sendo certo que se verifica a ilegalidade que imputou ao ato de adjudicação, a violação do artigo 139.º n.º4 do CCP, não decorre dos autos que tal ilegalidade tenha tido uma repercussão relevante na graduação das propostas, e na respetiva seleção da vencedora. (...) Por outro lado, constata-se que estamos perante uma obra com relevante importância estratégica na dinamização da economia local, bem como no desenvolvimento tecnológico, e de inovação, o que lhe confere considerável interesse público mormente no tempo presente. (...) Este interesse público, não só na realização da obra mas também no não desperdício do financiamento que a suporta, e que seria posto em causa no caso de incumprimento das obrigações assumidas

quanto a prazos, perfila-se, face àquele interesse particular, de maior valia ..." para terminar concluindo que "... a anulação do contrato de empreitada aqui em causa, acarretaria, para o interesse público, e para o interesse da recorrente, uma série de efeitos negativos desproporcionados em face dos eventuais benefícios, para a recorrida, da anulação do contrato ..." termos em que apesar "... da anulabilidade do ato de adjudicação ... este tribunal ad quem entende não a decretar, tão pouco a do contrato, ao abrigo do artigo 283.º n.º4 do CCP ...".

Já no quadro do concurso limitado por prévia qualificação o TCA Norte foi confrontado, em vários processos, com o apreciar da legalidade de programas de concursos abertos no âmbito de procedimentos de aquisição de serviços de segurança, mormente, quanto às regras ali definidas em termos dos requisitos em sede de capacidade técnica-financeira dos potenciais candidatos/concorrentes e sua compatibilidade com os princípios da proporcionalidade e da concorrência.

Assim, aquele Tribunal no seu acórdão de 25.03.2010 (Proc. n.º01257/09.7BEPRT)²⁶-²⁷considerouque,sendo certo que o programa do concurso corporiza o regulamento que define os termos a que deve obedecer a fase da formação do contrato [cfr. art. 41.º do CCP] e que o mesmo deve conter, nomeadamente, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira que os candidatos devem preencher [cfr. art. 164.º, n.º 1, als. h), i), m) do CCP], requisitos esses a aferir na fase de qualificação [cfr. arts. 167.º e segs. do mesmo diploma] e em cuja definição a entidade adjudicante detém uma margem de livre decisão e apreciação na definição dos requisitos mínimos da capacidade técnica e da capacidade financeira dos operadores económicos que desenvolvam atividade no mercado e que são potenciais candidatos ao procedimento, tal, todavia, não significa que aquela liberdade seja ilimitada.

De facto, a mesma liberdade mostra-se, desde logo, limitada pelos princípios da proporcionalidade e da concorrência, devendo ser operacionalizada de molde a assegurar e respeitar tais princípios e objetivos últimos pelos mesmos propugnados ou prosseguidos, sendo que a definição dos requisitos não poderá ser feita em abstrato sem qualquer ligação ao contrato que se visa vir a outorgar na sequência do procedimento de formação aberto, devendo a mesma considerar e se ajustar ao objeto daquele contrato.

²⁶Consultável in: «www.dgsi.pt/jtcr».

²⁷Cfr. ainda caso com contornos similares o **Acórdão do TCAN de 22.04.2010 - Proc. n.º 01327/09.1BEPRT**consultável in: «www.dgsi.pt/jtcr».

Na concretização de tais requisitos teriam sempre, assim, de estar presentes para além das exigências de proporcionalidade, de necessidade e de adequação à luz do ulterior contrato também os deveres de prossecução do normal funcionamento do mercado e da proteção subjetiva dos potenciais concorrentes por forma a assegurar o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar.

E reconduzindo-se ao caso considerou que se revelava como desproporcionada a exigência feita no «PC» aos potenciais concorrentes dum volume de negócios mínimo de 15.000.000,00 € (nos últimos 3 anos) quando o contrato que se pretende vir a celebrar tinha um valor estimado de cerca de 131.000,00 €, sendo que era também violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade a definição/exigência no «PC» do concurso em apreço (prestação de serviço de vigilância/receção) de um requisito de qualificação da capacidade técnica de potenciais concorrentes a detenção por estes dum número mínimo de vigilantes inscritos no MAI de 1000, em cada um dos últimos três anos e dos quais 75% teriam de pertencer aos quadros efetivos da empresa, quando a celebração do concreto contrato de prestação de serviços de vigilância/receção envolvia apenas 14 instalações de saúde que exigiam 01 vigilante nos períodos e horários ali definidos e mostravam como, eventualmente, suficientes 42 vigilantes.

C) AO NÍVEL DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO DIREITO DA UE EM MATÉRIA DE PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO CONTRATOS PÚBLICOS

De forma muito breve gostaria, ainda, de aqui deixar apenas enunciada a problemática das questões da responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos em sede de violação mormente do Direito da UE atinente aos procedimentos de formação e celebração de contratos públicos.

Com efeito, em consonância com a jurisprudência firmada pelo «TJ» sobre a proteção judicial “... os recursos disponíveis não devem ser menos eficientes do que aqueles que se aplicam a queixas semelhantes baseadas no direito interno (princípio da equivalência) e não devem ser tais que, na prática, tornem impossível ou excessivamente difícil obter a proteção judicial (princípio da eficácia) ...”²⁸, sendo que

²⁸Cfr., entre outros, **Acs. TJ de 05.03.1996** no seu n.º 83 («**Brasserie du Pêcheur**» - Procs. n.ºs C-46/93 e C-48/93) in: *Col. 1996, P. I-1029* e in: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>», de **27.03.2003** nos seus n.ºs 55 e 56 («**Santex**» - Proc. n.º C-327/00), de **07.01.2004** no seu n.º 67 («**Wells**» - Proc. n.º C-201/02), de **19.09.2006** no seu n.º 57 («**I-21 Germany**» e «**Arcor**» - Procs. n.ºs C-392/04 e C-422/04),

o mesmo Tribunal vem decidindo "... que o princípio da responsabilidade de um Estado-Membro por prejuízos causados aos particulares por violações do direito comunitário que lhe sejam imputáveis é inerente ao sistema do Tratado ..." e que "... este princípio é válido para qualquer violação do direito comunitário por um Estado-Membro, independentemente da entidade do Estado-Membro cuja ação ou omissão está na origem do incumprimento ..." ²⁹.

Ora esta matéria é, também ela, perpassada clara e inequivocamente pela influência do Direito da União como se depreende do nosso atual quadro legal vertido na Lei n.º 67/2007 ³⁰ com a redação introduzida pela Lei n.º 31/2008 a qual, substituindo o segmento original, "insuficiente" e "confuso/dubitativo", pela fórmula "... de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário ...", ainda assim não veio clarificar e resolver devidamente as questões que se colocam ³¹, mormente, em aspetos relevantes como o dos próprios pressupostos da responsabilidade civil para que se remete e, desde logo, os da ilicitude/culpa importando saber se a remissão é para o regime "geral" da responsabilidade plasmada na jurisprudência "Francovich" e sua evolução ou se para o regime "especial" previsto em matéria das Diretivas-Recursos que não exige ou permite o requisito da culpa e sua prova, bem como os do nexos de causalidade e mesmo até do próprio dano indemnizável (danos emergentes e lucros cessantes).

Deixo estas questões aqui enunciadas e às mesmas poderemos voltar, eventualmente, no âmbito do debate.

de 25.11.2010 no seu n.º 72 («Fuß» - Proc. n.º C-429/09), de 30.06.2011 nos seus n.ºs 55 e 56 («Meilicke e o.» - Proc. n.º C-262/09) in: «<http://curia.europa.eu/>»; e **Comunicação Interpretativa da Comissão (2006/C 179/02)** sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos in: *JOUE*, C 179/7, de 01.08.2006.

²⁹ Cfr., entre outros, **Acs. TJ de 30.03.2003** nos seus n.ºs 30 e 31 («Kobler» - Proc. n.º C-224/01 e jurisprudência no mesmo citada) e de **25.11.2010** no seu n.º 46 («Fuß» - Proc. n.º C-429/09) in: «<http://curia.europa.eu/>»

³⁰ Cfr., nomeadamente, o seu art. 07.º, n.º 2 na redação introduzida pela citada Lei n.º 31/2008, fruto das duas condenações de que o Estado Português foi alvo nos **acórdãos do «TJ» de 14.10.2004** (Proc. n.º C-275/03) e de **10.01.2008** (Proc. n.º C-70/06 ambos in: «<http://curia.europa.eu/>»).

³¹ Não obstante a alteração operada em 2008 pelo referido diploma ainda assim persistem dúvidas e incumprimentos no regime vigente face ao quadro do Direito da União - vide sobre a problemática, entre outros, J. C. Vieira de Andrade em "A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos", in: *RLJ Ano 137*, n.º 3951, pág. 363; Carla Amado Gomes em "A responsabilidade civil extracontratual da Administração por facto ilícito - Reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007 ..." in: "Três textos sobre o novo Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entes Públicos", respetivamente, págs. 25 e segs., em especial, págs. 38 e segs. e em "O Livro das ilusões: A responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007 ..." texto consultável em «www.icjp.pt/»; Maria José Rangel Mesquita em "Influência do direito da União Europeia nos regimes da responsabilidade pública" in: *CJA*, n.º 88, págs. 9/13; Esperança Mealha em "Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos (notas ao artigo 7.º, n.º 2 da Lei 67/2007 ..." in: revista "Julgar" n.º 05, págs. 99 segs.

D) AO NÍVEL DO CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL

E reportando-nos às questões que se prendem com o contencioso pré-contratual (principal e cautelar) são múltiplas e variadas questões aqui se poderiam enunciar.

Elegemos duas apenas.

Uma que se prende com a legitimidade ativa para a dedução dos meios contenciosos quando se trata de concorrentes em consórcio e a outra conexas com a aplicação ao processo cautelar pré-contratual previsto no art. 132.º do CPTA do regime decorrente dos arts. 128.º e 131.º ambos do mesmo Código.

Começando já por esta última questão temos que é de todos conhecida a divergência existente na doutrina e na jurisprudência nacionais sobre a matéria, sustentando uns a sua aplicação³² [cfr. entre outros, na doutrina, M. Aroso de Almeida e Carlos F. Cadilha³³, Maria João Estorninho³⁴, Pedro Gonçalves³⁵, Cláudia Viana³⁶, Ana Gouveia Martins³⁷; na jurisprudência, Acs. TCA Sul de 11.10.2006 - Proc. n.º 01471/06, de 05.07.2007 - Proc. n.º 02692/07, de 25.11.2009 - Proc. n.º 05415/09, de 28.10.2010 - Proc. n.º 06616/10³⁸] e negando outros aquela mesma aplicação [cfr., na doutrina, J.C. Vieira de Andrade³⁹, Isabel Celeste Fonseca⁴⁰, Políbio Henriques⁴¹; na jurisprudência, Ac. STA de 20.03.2007 - Proc. n.º 01191/06⁴²].

³² Frise-se que a admissibilidade de aplicação daquele regime se prende apenas com as situações de suspensão de eficácia de atos administrativos e já não nas situações relativas a pedidos de decretamento de outras medidas cautelares no âmbito do art. 132.º do CPTA. É que este preceito admite uma panóplia muito variada e diversificada de providências cautelares, mas a questão da aplicação do regime de proibição de execução previsto no art. 128.º só se coloca quando estiver em causa a suspensão de execução de ato administrativo.

³³ Cfr. "Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos", 3.ª edição, págs. 880/881. Vide Mário Aroso Almeida in: "Manual Processo Administrativo", pág. 466/467.

³⁴ Cfr. ob. cit., págs. 408/409.

³⁵ Cfr. "Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente" in: CJA, n.º 62, pág. 06.

³⁶ Cfr. "A prevenção do «facto consumado» nos procedimentos de contratação pública - uma perspetiva de direito comunitário" in: CJA n.º 68, págs. 26 e segs..

³⁷ Cfr. "Perspetivas de evolução da tutela provisória do processo cautelar", in: CJA n.º 79, págs. 15 e segs..

³⁸ Consultáveis in: «www.dgsi.pt/jtca».

³⁹ Cfr. "A Justiça Administrativa - Lições", 11.ª edição, pág. 327, nota 895.

⁴⁰ Cfr. "A Diretiva (Recursos) n.º 2007/66/CE: o reforço da efetividade do Contencioso Pré-contratual - Whatelse?" in: Revista da FDUP (2008), págs. 66 e segs..

⁴¹ Cfr. "Processos urgentes - algumas reflexões" in: CJA n.º 47, pág. 39.

⁴² Consultáveis in: «www.dgsi.pt/jsta».

Não os maçarei com a argumentação utilizada pelos defensores de cada uma das posições, aliás, de todos vós conhecida, nem tenho a pretensão de por termo a esta divergência.

Gostaria tão só de deixar algumas notas e interrogações para reflexão.

Assim, dúvidas não nos parecem existir de que a tutela cautelar em geral e em especial nos procedimentos pré-contratuais carece de ser verdadeiramente efetiva no plano dos factos e do direito, sob pena de se negarem as mais elementares garantias no uso dos meios contenciosos e assim se assistir à constituição sucessiva de situações de "*facto consumado*", negando e incumprindo aquilo que são, aliás, regras e princípios do Direito da União nestes domínios⁴³⁻⁴⁴ e que acarreta consequências a vários níveis, na certeza de detalhes incumprimentos e o desvirtuar daquelas regras constituem preocupações das instituições, desde logo, ao nível da União⁴⁵.

Daí que neste domínio não creio que bastem as alterações produzidas em sede do CCP, mormente as nele recentemente introduzidas pelo DL n.º 131/2010⁴⁶ em transposição da Diretiva 2007/66/CE, já que os mecanismos substantivos ali previstos no âmbito procedimental de nada servem ou garantem a tutela efetiva dos direitos e interesses dos concorrentes que não sejam os escolhidos naquela sede se, em sede de contencioso administrativo jurisdicional, não exista uma necessária articulação e uma adequada resposta.

E nesta sede, no nosso entendimento, não se vislumbra que o regime do CPTA esteja articulado com o CCP e que o mesmo constitua uma resposta adequada às exigências de

⁴³Cfr., desde logo e nomeadamente, os considerandos 02.º, 04.º, 13.º e 14.º da Diretiva 2007/66/CE e os arts. 01.º e 02.º das Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE na redação que lhes foi dada pela Diretiva 2007/66/CE.

⁴⁴A Diretiva 2007/66/CE vem reconhecer a necessidade imperiosa de garantir aos interessados uma efetiva possibilidade de impugnar a adjudicação antes da outorga do contrato, evitando-se, por isso, a própria celebração daquele, na certeza de que a atribuição duma eventual indemnização compensatória não é a solução que se apresenta como a preferível ou que se imponha aceitar como a mais correta.

⁴⁵Veja-se a título meramente exemplificativo o recente "Relatório Anual sobre a Execução do Orçamento de 2010" do Tribunal de Contas de UE (2011/C 326/01) (publicado no JOUE de 10.11.2011) donde, por exemplo, se extrai que a constatação por aquele Tribunal de "... *erros ligados ao incumprimento das regras nacionais e da UE aplicáveis à adjudicação de contratos públicos em 19% das 243 operações auditadas ...*" e que em "... *relação a 5% destas operações, verificaram-se falhas graves no cumprimento destas regras, que representam 24% de todos os erros quantificáveis e constituem aproximadamente 31% da taxa de erro estimada para este grupo de políticas ...*", o que conduziu a recomendações, nomeadamente, à Comissão para que fosse controlado "... *o cumprimento das normas de elegibilidade para financiamento da UE, incluindo nomeadamente a correta aplicação das regras nacionais e da UE relativas à adjudicação de contratos públicos (2009) ...*".

⁴⁶Vejam-se as normas "*standstill*" dos arts. 104.º, n.º 1, al. a) e 272.º do CCP e, bem assim, as regras em sede de transparência (anúncio voluntário - art. 78.º-A do CCP) e em sede do desvalor/efeitos dos contratos celebrados ilegalmente (cfr. arts. 283.º e 283.º-A CCP).

tutela jurisdicional, sendo certo que é o próprio legislador a confessar a necessidade de proceder aos ajustes e a reconhecer a situação de incumprimento de transposição do regime inserto na Diretiva 2007/66/CE. De facto, basta atentar no teor do art. 128.º da Lei n.º 03-B/2010 (Lei Orçamento de Estado para o ano de 2010)⁴⁷, para tal se revelar por demais evidente.

Enquanto reconduzidos às situações de pretensão de suspensão de eficácia de ato administrativo são perfeitamente compreensíveis a preocupação e os fins que se visam com o apelo à aplicação ao contencioso cautelar pré-contratual do regime decorrente dos arts. 128.º e 131.º do CPTA.

Não se vislumbra, todavia, que face às necessidades de tutela impostas nesta matéria a alteração quanto aos "*requisitos do recurso*" objeto do art. 02.º, para utilizar a terminologia introduzida pela Diretiva 2007/66/CE, se mostrem totalmente compatíveis com aquilo que é o regime previsto no art. 128.º do citado código.

Desde logo, não se vislumbra como seja compatível com as soluções previstas no citado normativo comunitário e os objetivos a ele inerentes a possibilidade da emissão por parte da Administração, enquanto entidade adjudicante, duma "*resolução fundamentada*" nos termos decorrentes do art. 128.º do CPTA, permitindo, dessa forma, decorrido que se mostre o prazo de suspensão previsto nos arts. 104.º, n.º 1, al. a) e 272.º do CCP, prosseguir com a execução do ato, com ulterior outorga do contrato e execução deste ao abrigo daquela resolução.

Frise-se que é imposto pelo citado art. 02.º a agilização e consagração nos ordenamentos nacionais dos mecanismos legais que permitam decretar "*... no mais curto prazo, mediante processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados novos danos aos interesses em causa, designadamente medidas destinadas a suspender ou a mandar suspender o procedimento de adjudicação do contrato público em causa ou a execução de quaisquer decisões tomadas pela entidade adjudicante ...*" [al. a) do n.º 1], sendo que no juízo cautelar a efetuar permite-se que no mesmo sejam tidas em conta em sede de ponderação "*... as consequências*

⁴⁷ Com efeito, decorre do referido preceito que era conferida autorização legislativa, cujo prazo entretanto decorreu (ver seu n.º 4), para alteração do CPTA sendo que a mesma "*... tem o sentido de transpor integralmente para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2007/66/CE ..., no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos ...*" (n.º 2), sendo que a "*... autorização referida no número anterior tem a seguinte extensão: ... f) No âmbito das providências relativas a procedimentos de formação de contratos, alteração do regime dos efeitos associados ao respetivo requerimento no sentido do disposto na Diretiva n.º 2007/66/CE ..., quanto à suspensão da celebração do contrato; g) No âmbito das providências relativas a procedimentos de formação de contratos e dos efeitos associados ao respetivo requerimento, consagração da possibilidade de utilização, pela autoridade requerida, de mecanismos, designadamente jurisdicionais, que viabilizem a celebração do contrato ...*" (n.º 3).

prováveis da aplicação das medidas provisórias atendendo a todos os interesses suscetíveis de serem lesados, bem como o interesse público, e decidir não decretar essas medidas caso as consequências negativas das mesmas possam superar as vantagens ..." e em que a *"... decisão de recusa de decretamento de medidas provisórias não prejudica os outros direitos reivindicados pelo requerente de tais medidas ..."* [n.º 5].

E que além disso caso *"... seja interposto recurso (leia-se no nosso ordenamento ação administrativa) ...de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso. A suspensão não pode cessar antes do termo do prazo suspensivo a que se referem o n.º 2 do artigo 2.º-A e os n.ºs 4 e 5 do artigo 2.º-D ..."* [n.º 3], na certeza de que salvo *"... nos casos previstos no n.º 3 do presente artigo e no n.º 5 do artigo 1.º, o recurso não deve ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos relativamente aos processos de adjudicação de contratos a que se refere ..."* [n.º 4].

Este regime, na leitura que do mesmo fazemos, não comporta, pois, enquadramento suscetível de se bastar e adequar com as soluções insertas no art. 128.º do CPTA, impondo-se uma urgente adequação legislativa neste quadro.

É que se para nós será de aceitar a aplicação no âmbito do contencioso pré-contratual do regime constante do art. 131.º do CPTA, enquanto normativo dotado duma abrangência ou modelação tutelar comum que se mostra igualmente compatível com a sua operacionalização subsidiária a qualquer outro procedimento cautelar especial, na certeza de que a sua disciplina se apresenta como mais conforme com aquilo que, neste âmbito, são os objetivos prosseguidos pela citada Diretiva, já ao invés a outra conclusão chegamos quanto ao regime decorrente do art. 128.º do CPTA.

O regime inserto neste normativo aplicado na sua integralidade, mormente, pela abertura à possibilidade de emissão de *"resolução fundamentada"* enquanto meio ou recurso ao dispor da Administração e que a legitimano prosseguimento do procedimento pré-contratual em curso ou mesmo na outorga do contrato com todas as implicações fácticas e jurídicas daí advenientes, permite por em questão aquilo que no quadro da Diretiva se visa evitar.

Com efeito, constitui propósito do legislador da União o de que uma vez desencadeado um mecanismo impugnatório por parte dum interessado quanto a decisão

procedimental reputada de ilegal (v.g., a decisão de adjudicação) a entidade adjudicante não possa outorgar/assinar o contrato sem que antes a instância de recurso haja emitido uma decisão, mormente, sobre o pedido de medidas provisórias, leia-se cautelares.

Daí que se se efetivamente pretende dotar o procedimento cautelar previsto no art. 132.º do CPTA de verdadeira utilidade e eficácia naquilo que são os seus fins e que com o mesmo se visa prosseguir, obviando-se, assim, à constituição sucessiva de situações de facto consumado, de impossibilidade de execução com inerentes implicações indemnizatórias, então não vislumbramos ser de aceitar a convocação do regime inserto no art. 128.º do mesmo Código porquanto o mesmo, na sua integralidade, não dota ou aporta ao procedimento efetivas garantias e vantagens.

É que a suspensão automática imediata inserta no n.º 1 do art. 128.º que derivaria da receção do duplicado do requerimento inicial por parte da entidade adjudicante após controlo jurisdicional liminar pode ser perfeitamente ultrapassada através da emissão de *"resolução fundamentada"* com consequente materialização, por exemplo, da outorga do contrato e do seu cumprimento (nalguns casos este é ou consuma-se de imediato, v.g., fornecimento de determinados bens móveis salvo de seguida de consumo imediato), de nada valendo ou servindo em termos de tutela jurisdicional efetiva para os interessados a dedução de eventual incidente de execução indevida nos termos dos n.ºs 3 a 5 do normativo em referência.

Só uma imediata e efetiva suspensão do procedimento e da possibilidade de celebração do contrato até à pronúncia judicial sobre a pretensão cautelar deduzida permite dotar aquela pronúncia e o procedimento de utilidade.

Do facto de no art. 02.º, n.º 5 da aludida Diretiva se prever e impor ao julgador cautelar, como vimos supra, a realização dum juízo de ponderação no qual deve *"...ter em conta as consequências prováveis da aplicação das medidas provisórias atendendo a todos os interesses suscetíveis de serem lesados, bem como o interesse público ..."*, negando a tutela caso as *"... consequências negativas das mesmas possam superar as vantagens ..."*, não nos permite inferir que o referido juízo ali imposto possa dar a mínima cobertura e enquadramento ao regime que se mostra disciplinado no art. 128.º do CPTA, nomeadamente, à legitimação da *"resolução fundamentada"*.

Urge, pois, o operar duma alteração legislativa neste âmbito que permita assegurar uma efetiva tutela jurisdicional no quadro do contencioso administrativo pré-contratual cautelar e que se mostre compatível com o quadro do Direito da União.

Por fim, reportemo-nos à questão da legitimidade ativa em sede de contencioso pré-contratual dos membros dum consórcio.

Assim, em recente acórdão do STA de 20.09.2011 (Proc. n.º 0556/11)⁴⁸ foi considerado que apresentando-se "*... quatro sociedades em consórcio externo, como opositoras a um concurso para participação na constituição de uma sociedade comercial de capitais minoritariamente públicos, cujas normas concursais exigiam que os agrupamentos concorrentes tinham de ter um número de membros igual ou superior a quatro, com expressa invocação dessa qualidade, a despeito da pluralidade das consorciadas, a respetiva proposta comum é unitária e singular ...*" não sendo divisível, pelo que "*... é conjunta e indivisível a titularidade do direito à adjudicação e também só em conjunto, e em convergência de vontades, as sociedades consorciadas têm, no plano substantivo, o poder de a exigir ...*".

Daí concluiu que tendo "*... uma das empresas integrantes do consórcio referido ..., que ficou graduada em 2.º lugar no concurso, demandado, sozinha, a entidade adjudicante, a adjudicatária e as suas consorciadas na qualidade de contrainteressadas, que, citadas nessa qualidade, nada disseram, e tendo sido considerado provado que essas sociedades não acompanhavam a autora na sua pretensão anulatória, verifica-se uma situação de ilegitimidade ativa ...*", exceção que não seria passível de sanção mediante a dedução do incidente intervenção principal provocada das consorciadas.

Por sua vez, o «TJ» no seu acórdão de 08.09.2005 (Proc. C-129/04)⁴⁹ entendeu que o "... artigo 1.º da Diretiva 89/665/CEE ... deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que, segundo o direito nacional, só o conjunto dos membros de um consórcio que não dispõe de personalidade jurídica que, enquanto tal, tenha participado num procedimento de adjudicação de um contrato público e ao qual não tenha adjudicado o referido contrato pode interpor recurso da decisão de adjudicação e não unicamente um dos seus membros a título individual. O mesmo vale no caso de todos os membros de tal consórcio agirem em conjunto mas de o recurso de um dos seus membros ser julgado inadmissível ...".

Extrai-se da sua fundamentação que "... importa sublinhar que o artigo 1.º, n.º 3, ao referir-se a qualquer pessoa interessada em obter a adjudicação de um contrato público, visa, numa situação como a do processo principal, a pessoa que, ao apresentar a sua proposta no concurso público em causa, tenha demonstrado interesse em obter a adjudicação do contrato. (...) Ora, nesta situação, foi o consórcio enquanto

⁴⁸ Consultável in: «www.dgsi.pt/jsta».

⁴⁹ Consultável in: «<http://curia.europa.eu/>».

tal que apresentou a proposta e não os seus membros a título individual. Seriam também todos os membros desta associação que, se o contrato público em causa lhes tivesse sido adjudicado, teriam a obrigação de assinar o contrato e de executar os trabalhos. (...) Por conseguinte, uma regra processual nacional que exige que um recurso de anulação de uma decisão de uma entidade adjudicante de adjudicar um contrato público seja interposto pelo conjunto dos membros que formam um consórcio não limita o acesso a tais recursos de uma forma contrária ao artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 ...”.

Importa, todavia, neste âmbito ter presente o entendimento recentemente firmado pelo «TJ» no seu acórdão de 06.05.2010 (Proc. n.ºs C-145/08 e C-149/08)⁵⁰, extraindo-se de tal jurisprudência as pertinentes e necessárias consequências no quadro interno.

Com efeito, concluiu-se decisoriamente que o “... direito da União, em particular o direito à proteção jurisdicional efetiva, opõe-se a uma legislação nacional ... interpretada no sentido de que os membros de um consórcio, proponente num processo de adjudicação de um contrato público, são privados da possibilidade de pedir, a título individual, uma indemnização pelos danos que sofreram individualmente em consequência de uma decisão adotada por uma autoridade, diferente da entidade adjudicante, envolvida nesse processo em conformidade com as normas nacionais aplicáveis, e que pode ter influência sobre o desenrolar deste processo ...”.

E fê-lo sustentando-se na seguinte linha argumentativa “...o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a Diretiva 89/665 se opõe a uma legislação nacional, conforme interpretada por esse órgão jurisdicional, de acordo com a qual somente os membros de um consórcio proponente no seu conjunto podem interpor recurso da decisão de adjudicar um contrato tomada por uma entidade adjudicante, de modo que os membros do referido consórcio, a título individual, são privados não só da possibilidade de fazer anular essa decisão da entidade adjudicante mas também da possibilidade de pedir uma indemnização pelos danos sofridos individualmente em consequência de irregularidades verificadas no âmbito do processo de adjudicação do contrato em causa. (...) Para responder a esta questão, importa observar que o ato cuja anulação é pedida no órgão jurisdicional de reenvio provém do ESR, ou seja, uma autoridade diferente da entidade adjudicante que organizou o processo de adjudicação do contrato público em causa no processo principal. (...) Ora, resulta dos termos da Diretiva 89/665, comumente designada por diretiva «recursos», que a proteção conferida por esta abrange os atos ou omissões das entidades adjudicantes. (...) deve concluir-se que os litígios relativos às decisões de uma autoridade como o ESR não são abrangidos pelo sistema de recurso estabelecido na Diretiva 89/665. (...) Todavia, as decisões do ESR são suscetíveis de ter um determinado efeito sobre o desenrolar, ou mesmo o desfecho, de um processo de adjudicação de um contrato público, na medida em que podem levar à exclusão de um proponente, ou mesmo de um adjudicatário, que apresente a título individual uma das incompatibilidades previstas na legislação nacional pertinente. Assim, estas decisões não são destituídas de interesse em relação à aplicação correta do direito da União na matéria. (...) importarecordar

⁵⁰Consultável in: «<http://curia.europa.eu/>».

que o princípio da proteção jurisdicional efetiva constitui um princípio geral do direito da União (v. acórdão de 13 de Março de 2007, Unibet, C-432/05, Colect., p. I-2271, n.º 37 e jurisprudência aí referida). (...) Segundo jurisprudência assente, na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete a cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e definir as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União. Estas modalidades processuais não devem, todavia, ser menos favoráveis do que as que respeitam a ações similares previstas para a proteção dos direitos conferidos pela ordem jurídica interna (princípio da equivalência) e não devem tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efetividade) (v., neste sentido, acórdão de 15 de Abril de 2008, Impact, C-268/06, Colect., p. I-2483, n.ºs 44, 46 e jurisprudência aí referida). (...) Como observou a advogada-geral nos n.ºs 107 a 116 das suas conclusões, importa sublinhar, a este propósito, que a presente situação difere da que deu origem ao acórdão Espace Trianon e Sofibail, já referido. Com efeito, enquanto este último dizia respeito a um recurso de anulação de uma decisão de adjudicação que privou do contrato em causa o agrupamento proponente no seu conjunto, o presente processo tem, com efeito, por objeto um pedido destinado a obter a reparação do prejuízo alegadamente causado por uma decisão ilegal de uma autoridade administrativa que constatou a existência de uma incompatibilidade, na aceção da legislação nacional pertinente, no caso do único proponente recorrente...".

Este entendimento jurisprudencial a firmar-se reclama ou impõe, no nosso entendimento, uma nova abordagem decisória no quadro do contencioso interno neste âmbito.

IV. SÍNTESE FINAL

Vai sendo tempo de concluir.

Com a intervenção dos Estados, das Entidades Supranacionais e doutros Atores na cena mundial tem-se assistido a um crescendo da importância do Direito Público e, em particular, do Direito Administrativo.

Tal comporta reflexos e introduz constantes necessidades de adequação e de atualização não apenas dos próprios agentes produtores dessas intervenções, que se influenciam reciprocamente, mas também dos aplicadores do Direito e dos cidadãos.

A construção duma Europa da Justiça constitui uma tarefa prioritária, vasta, árdua e complexa, mas representa, muito provavelmente, uma das necessidades dos cidadãos e das empresas mais prementes e reais que urge concretizar.

Vivemos tempos marcados por um aumento exponencial da judicialização das relações internas e internacionais fruto duma tendência para o aumento da densidade normativa (crescendo áreas sujeitas regulação jurídica -usando-se expressões como o "Império do Direito" e "comunidade global judiciária"-mormente nos domínios da defesa e tutela dos direitos humanosna sua expressão mais ampla, das relações comerciais e económicas), mas em que, por contraponto e algo contraditoriamente, o próprio Direito surge ou se mostra em crise.

Importa, no entanto e não obstante, que respondamos positivamente a esses desafios garantindo e assegurando para todos os sujeitos (singulares/coletivos, públicos/privados) uma tutela judicial efetiva no plano da ordem jurídica interna e da União face às implicações que hoje o Direito, nos seus e mais variados domínios, mormente, no da contratação pública, desempenha e que, quiçá, se acentuará.

Obrigado a todos pela paciência e atenção dispensadas.