

NEWS

DIREITO PÚBLICO

Índice

| | |
|---|-----|
| Editorial | 1 |
| A realização de investimento público-privado em tempo de crise: interpretando os sinais da Comissão | 2 |
| A excepção <i>in house</i> | 3 |
| A indemnização pela anulação de adjudicação | 3/4 |
| Breves | 4 |

A entrada em vigor do código dos Contratos Públicos veio claramente reforçar a necessidade de uma correcta ponderação dos elementos jurídicos (procedimentais e contratuais) na preparação e condução, pelas entidades adjudicantes, dos seus projectos aquisitivos, e na preparação e apresentação, pelos concorrentes, das suas propostas. Na elaboração dos documentos do procedimento duas ordens de preocupação interpelam as entidades adjudicantes, para além, claro, da exigência (que o CCP veio tornar mais difícil e complexa) de dar cumprimento ao manancial de regras procedimentais aplicáveis.

Por um lado, garantir que esses documentos reflectem as especificações, os requisitos e os parâmetros, de natureza técnica, financeira ou contratual, que para si são essenciais e, por isso imperativos.

Tais especificações, requisitos ou parâmetros devem ser inequivocamente indicados através de definição fixa e imperativa ou com recurso a limites máximos ou mínimos, sob pena de o contrato a celebrar não reflectir os desígnios da entidade adjudicante. Por outro lado, e tendo em vista tirar partido do funcionamento do jogo competitivo, as entidades adjudicantes devem definir os elementos que pretendem lançar à concorrência e a forma de os avaliar. É neste esforço que os maiores desafios se colocam. Saber exactamente qual o melhor método de avaliação, qual a ponderação a atribuir a cada um dos – por vezes muitos – factores e subfactores de avaliação, não é, regra geral, tarefa fácil e implica, muitas vezes, o *apport* de equipas multidisciplinares. É também nas duas vertentes acima referidas que incidem as preocupações essenciais dos concorrentes na elaboração das respectivas propostas.

Em primeiro lugar, devem os concorrentes garantir que as propostas cumprem integralmente os requisitos do concurso, evitando a respectiva exclusão. E isso passa pelo cumprimento de todos os requisitos de admissão – entre outros, o respeito pelos requisitos formais; a indicação dos atributos relativos a aspectos de execução do contrato submetidos à concorrência; o cumprimento dos parâmetros base fixados no caderno de encargos e dos termos e condições não submetidos à concorrência, imperativos e inalteráveis; a apresentação de um preço não superior ao preço base (quando exista). A segunda preocupação ultrapassa a ideia de apresentar uma proposta em condições de ser admitida e avaliada: o que cada concorrente pretende é apresentar uma

EDITORIAL

Paulo Pinheiro

proposta “ganhadora”.

A apresentação de uma proposta “ganhadora” pressupõe um conhecimento profundo do mercado, mas também um conhecimento profundo e ponderado, em cada caso concreto, do enquadramento legal do procedimento, das condições contratuais fixadas no Caderno de Encargos, uma compreensão total do critério, factores e subfactores de avaliação das propostas, das respectivas ponderações e da metodologia de avaliação adoptada. Enfim, uma visão global e exaustiva de todas as condicionantes e oportunidades à elaboração da proposta.

Para além, obviamente, das vertentes técnica e financeira, o Código reforçou a importância da componente jurídica. A criação de uma metodologia de avaliação complexa e exigente torna-se agora, mais do que nunca, uma oportunidade para as entidades adjudicantes, na definição de metodologias de avaliação que lhes permitam celebrar contratos consagrando as melhores condições nas vertentes – financeira, técnica e até jurídica – que definiram e na medida em que definiram, e para os concorrentes que, com um compreensivo entendimento da metodologia de avaliação, conseguem “construir” as suas propostas de forma a obterem a melhor classificação. Nunca foi tão decisivo conhecer o enquadramento jurídico do concurso, e nunca foi tão viável transformar esse conhecimento prévio em vantagem competitiva.

Mário Esteves de Oliveira,

Paulo Pinheiro,

Rodrigo Esteves de

Oliveira, Catarina

Pinto Correia,

Alexandre Esteves

de Oliveira, Ana

Marta Castro,

André Proença,

Marta Ferreira de

Carvalho, Inês Santos

Pinto, Sérgio Alves Ribeiro,

Gonçalo Santos Machado,

Jorge Silva Martins, João Soares Franco, Paulo Malva do Vale, José Miguel Lucas, Pedro Matias Pereira, Vasco

Pinto da Rocha e Mariana Patrocínio, membros da Área de Público da Vieira de Almeida & Associados.

A REALIZAÇÃO DE INVESTIMENTO PÚBLICO-PRIVADO EM TEMPO DE CRISE:

Interpretando os sinais da Comissão

Jorge Silva Martins

Índice

1. Não podendo continuar indiferente às violentíssimas repercussões da crise económica e financeira que vem afectando os mercados, só recentemente, mais concretamente através da sua Comunicação de 19 de Novembro de 2009 (COM(2009)615), a Comissão Europeia parece ter entendido que se encontravam reunidas as condições para visitar e renovar o quadro geral em que se tem desenvolvido a matéria das parcerias público-privadas (PPP) em ambiente comunitário.

Para o efeito, parte de uma constatação essencial: a acentuadíssima redução das disponibilidades de crédito bancário e de outras formas de financiamento das PPP, a deterioração significativa das condições financeiras propostas pelas instituições de crédito e a reavaliação em alta dos riscos inerentes aos projectos de PPP, entre muitos outros factores, têm contribuído decisivamente para que os Estados-Membros reduzam ou suspendam os seus planos de investimento.

2. O que acontece é que, aos olhos da Comissão, a retoma dos mercados passa precisamente pela revitalização do investimento. E é aí que vem centrar as suas atenções.

Começa por fazê-lo reconhecendo que a realização de investimento (público ou privado) em projectos de infra-estruturas constitui uma das faces visíveis e também mais importantes de uma política anti-crise que assume hoje relevância inquestionável no quadro de um plano de retoma económica global, mas – mais importante – vem fazê-lo definindo as PPP como um dos instrumentos mais habilitados à prossecução dessa política. A Comissão é peremptória a tal respeito: as PPP assumem-se, no contexto de crise em que os mercados presentemente se encontram, como uma verdadeira solução *all-winning*, nos termos da qual se potencia uma conciliação quase perfeita ou ideal entre as sinergias positivas resultantes da interacção do sector público com o sector privado. De facto, e no que ao sector público diz respeito, poucas dúvidas parecem existir para a Comissão: a participação activa do Estado no desenvolvimento de projectos públicos (não se limitando, portanto, a seleccionar no mercado o parceiro sob o qual recairia a responsabilidade exclusiva de execução de um dado projecto) constitui um importante elemento de segurança para os interesses dos investidores privados, os quais, tendo sempre a *manus pública* a amparar eventuais desvios aos termos e pressupostos do projecto inicialmente configurado, poderão sentir uma maior tentação para aumentar o seu grau de investimento, funcionando assim este cenário

de diminuição de risco económico como elemento propulsor de um maior investimento. Mas tal colaboração, ainda aos olhos da Comissão, é igualmente do interesse do Estado: é que a participação do sector privado em projectos públicos permite não só proceder a uma repartição (mais ou menos igualitária, dependendo do caso concreto) do risco económico, mas também aproveitar a capacidade técnica de que aquele dispõe (regra geral, muito mais extensa e qualificada) e, talvez mais relevante, fazer atenuar a pressão sobre as finanças públicas da escolha da realização de investimento como medida anti-crise preferencial.

3. Na Comunicação ora em apreço, a Comissão procura ir, porém, um pouco mais longe e – para além de enunciar as virtualidades comumente associadas às PPP – vem densificar com algum pormenor o conjunto de vantagens (na maior parte dos casos assentes em dados retirados da experiência prática das próprias parcerias) que, no seu entender, devem incentivar a adopção crescente deste modelo de colaboração dos privados no exercício de atribuições administrativas. Essas mesmas vantagens podem ser sintetizadas em quatro ideias principais: *maior rigor*, no sentido de que a experiência comunitária tem mostrado que projectos executados através de PPP têm respeitado os prazos e orçamentos inicialmente definidos; *maior eficiência*, uma vez que o aprofundamento da interacção entre o sector público e o sector privado tem configurado relações custo-benefício com resultados crescentemente satisfatórios; *maior economicidade*, no sentido de que a assunção da execução de um dado projecto conduz não só à partilha do risco mas também dos avultadíssimos custos inerentes; e, por fim, *maior desenvolvimento*, no sentido de que a adopção de formas de colaboração que associem os privados ao exercício de atribuições administrativas possibilitam não só a realização ou o reforço de investimentos em sectores e projectos relativamente aos quais nem o Estado nem os investidores privados, caso actuassem a título individual, teriam capacidade para prover, mas também o aprofundamento da presença de empresas comunitárias em países terceiros, tendo em conta que semelhante forma de colaboração – de risco e investimento repartidos – permite aceder a mercados e a contratos fora do território da UE que, à partida, ofereceriam condições comerciais e perspectivas de futuro menos atractivas.

4. Sendo estas as vantagens mais relevantes que imputa, em geral, ao recurso à figura das PPP, a Comissão

aproveita ainda para destacar as diferentes contribuições do ordenamento comunitário para o lançamento de PPP, algumas já em prática, outras ainda carentes de um esforço suplementar de implementação.

Em termos sintéticos, a Comissão faz referência à adaptação da regulamentação comunitária (a qual deve mostrar-se instrumentalmente apta a apoiar as PPP, ainda que sempre em estrita coerência com os princípios do Mercado Interno), à criação de novas iniciativas tecnológicas conjuntas (ITC) destinadas a promover a investigação europeia, ao aumento do recurso aos fundos estruturais como fonte de financiamento das PPP, à manutenção do apoio do Banco Europeu de Investimento (BEI) às PPP através da concessão de crédito a longo prazo, ao desenvolvimento dos instrumentos financeiros concebidos para os projectos relacionados com as Redes Transeuropeias de Transporte (RTE-T), à consolidação do Mecanismo de Financiamento com Partilha de Riscos (MFPR) e, finalmente, ao aprofundamento das PPP no exterior do território comunitário.

5. Perante este quadro, a Comissão enuncia um conjunto de importantes *medidas paliativas* a pôr em prática tendo em vista a reabilitação dos frágeis alicerces que hoje suportam o pesado edifício económico comunitário. Assentam elas no desenvolvimento do binómio cooperação-investimento, comprometendo-se a Comissão a melhorar o acesso ao financiamento das PPP, a facilitar a constituição de PPP através de procedimentos de contratos públicos, a assegurar um tratamento apropriado das PPP a nível da dívida e do défice, a melhorar a informação e divulgar os conhecimentos e o saber-fazer relevantes e, finalmente, a enfrentar os desafios específicos das ITC e o financiamento da inovação.

Os Estados-Membros não estão, porém, arredados deste desígnio: pelo contrário, a sua colaboração é condição essencial para o sucesso do mesmo. E tal poderá passar, entre outras medidas, por conceber soluções transitórias que derroguem as disposições imperativas a que hoje se encontram vinculados e que não faça sentido serem aplicadas, *qua tale*, num contexto de crise: o primeiro passo terá sido dado pelo legislador nacional com a aprovação do Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, que veio definir um conjunto de medidas excepcionais de contratação pública. Serão de esperar outros?

Não vacile e demore a Comissão nos seus propósitos, passando assim a palavra e o empenho aos Estados-Membros.



A EXCEPÇÃO IN HOUSE

Perspectivas de flexibilização à luz do recente Acórdão do TJCE de 9 de Junho de 2009

Marta Ferreira de Carvalho

De acordo com o n.º 2 do artigo 5.º do CCP, os contratos públicos a celebrar por uma entidade adjudicante devem considerar-se subtraídos à aplicação das regras da contratação pública sempre que ela exerça (isoladamente ou em conjunto com outras entidades dessas) sobre a actividade da entidade com a qual pretenda contratar um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e tal entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias das adjudicantes.

Trata-se da consagração entre nós da excepção *in house* – instituto com génese na jurisprudência comunitária – e cuja *ratio* reside no reconhecimento de que a Administração pode optar livremente por desenvolver as tarefas de que está incumbida pelos seus próprios meios, estando dispensada de observar procedimentos pré-contratuais não apenas nas situações em que recorra aos respectivos serviços (despersonalizados) integrantes da sua administração directa, mas também naquelas em que se sirva para tal efeito de entidades por si criadas, no exercício da sua liberdade de auto-organização, e que, não obstante serem formalmente distintas da entidade-mãe, por estarem dotadas de personalidade jurídica própria, em termos materiais, devam considerar-se uma “*longa manus*”, uma filiada sua, digamos assim. Os requisitos cumulativos dos quais, nos termos do CCP, depende a aplicação desta excepção correspondem àqueles que, desde o Acórdão *Teckal*¹ – com a precisão ou aditamento trazido pelo Acórdão *Asemfo/Tragsa*² quanto ao facto de o controlo

análogo tanto poder ser exercido isoladamente pela entidade adjudicante, como em conjunto com outras entidades da mesma natureza – o TJCE tem entendido como necessários para que se conclua pela existência de uma relação *in house* entre os contraentes.

Ora, pode legitimamente questionar-se se a opção do nosso legislador de – como várias vezes tem feito em diversos domínios – verter no CCP o actual entendimento da jurisprudência comunitária sobre o *in house* não acabará por introduzir nesta sede uma excessiva rigidez, em termos que venham a dificultar futuramente a aplicação de novas soluções que possam vir a ser adoptadas pelo TJCE a este propósito, pois que a figura da contratação *in house* se caracteriza por estar em permanente evolução³, e a verdade é que a jurisprudência comunitária tem dado mostras de a sua caracterização e amplitude jurídicas estarem muito longe de estar fechadas, como fez, por exemplo, no já referido Acórdão *Asemfo/Tragsa*.

E fê-lo agora, no recente Acórdão de 9 de Junho de 2009⁴, em que, a propósito de um contrato de prestação de serviços celebrado entre quatro autarquias locais alemãs e os Serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo – contrato não configurável, de acordo com as condições que acima deixámos enunciadas, como uma relação *in house* –, o TJCE considerou que o essencial era garantir que a cooperação entre autoridades públicas “*seja regida unicamente por considerações e exigências próprias à prossecução de objectivos de interesse público e*

que o princípio da igualdade de tratamento dos interessados consagrado na Directiva 92/50 seja garantido, de modo que nenhuma empresa privada seja colocada numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes”, tendo concluído pela não violação do direito comunitário, não obstante a forma jurídica encontrada pelas autarquias para assegurar conjuntamente as suas missões de interesse público não ter passado pela criação de um organismo intermunicipal por elas controlado, mas pela celebração de um contrato (não concursado) com um terceiro.

Esta nova formulação, que desconsidera a forma como as relações entre entidades adjudicantes e seus co-contratantes estão estruturadas, pode conferir maior latitude à presente excepção da sua sujeição ao regime pré-contratual do Código, admitindo-se, por exemplo, a existência de relações meramente internas nas hipóteses, já previstas no quadro do regime dos sectores especiais, em que seja a empresa adjudicatária a controlar a entidade adjudicante ou em que ambas se encontrem sujeitas ao controlo de uma mesma entidade pública, na medida em que a instituição destas relações intra-grupo esteja votada unicamente à realização de fins públicos, sem interferência da lógica e interesses privados.

1 Acórdão de 18 de Novembro de 1999, proferido no Proc. C-107/98.

2 Acórdão de 19 de Abril de 2007, proferido no Proc. C-295/05.

3 Cfr. Alexandra Leitão, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações «in house»*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, p. 18.

4 Acórdão *Comissão/Alemanha*, proferido no Proc. C-480/06.

Índice

A INDEMNIZAÇÃO PELA ANULAÇÃO DE ADJUDICAÇÃO

A jurisprudência uniformizada do STA (Acórdão n.º 557/08, de 22 de Outubro de 2009)

André Proença

O objectivo de qualquer concorrente num procedimento pré-contratual de direito público é, evidentemente, o de obter a adjudicação e a consequente outorga, pela entidade adjudicante, do contrato ou do acto a cuja atribuição concorre.

Quid iuris, porém, se, após a adjudicação, o órgão adjudicante proceder à sua anulação por invalidade derivada de causa alheia à pessoa ou à proposta do

adjudicatário, ou decide no sentido da não adjudicação do contrato com fundamento na necessidade de alteração de aspectos fundamentais das peças do procedimento (nomeadamente do caderno de encargos ou do respectivo projecto de obra) ou na modificação dos pressupostos da decisão de contratar, como as alíneas c) e d) do artigo 79.º/1 do Código dos Contratos Públicos lhe permitem fazer?

Deverá o frustrado adjudicatário ser indemnizado e, em caso afirmativo, tal indemnização abrangerá todos os encargos com que arcou para se apresentar ao concurso, ou apenas uma parte deles? E os lucros cessantes também são ressarcíveis?

Índice

continua página 4

Essas controversas questões foram recentemente objecto de um Acórdão do Pleno do STA de 22.10.2009 – proferido em processo de uniformização de jurisprudência – a propósito de uma contenda entre um empreiteiro de obra pública e um Município que, aparentemente sem razão, decidiu anular o procedimento (e portanto também o acto de adjudicação do contrato ao referido empreiteiro), levando este a demandá-lo judicialmente pelos prejuízos sofridos, não só pelos encargos com a elaboração da proposta e a presença no concurso, mas também, uma vez que o contrato lhe fora adjudicado, pelos benefícios económicos que a execução contratual lhe teria trazido (o habitualmente designado “interesse contratual positivo”).

A tal demanda respondeu o Município, invocando a existência de um Acórdão do STA, no qual, perante uma situação semelhante, se entendera que, nestes casos, o direito a uma indemnização seria limitado às “despesas relacionadas com a adjudicação, bem como a relacionada com os encargos decorrentes da prestação de caução”, assim se afastando a ressarcibilidade das “despesas que foram comuns a todos os outros concorrentes que foram preteridos”, como sejam as relacionadas com a aquisição do processo e com a elaboração da proposta, pois sendo despesas normais e necessárias para concorrer, não haveria motivo para o seu ressarcimento. Posto perante tal contenda, o Pleno do STA, no referido Acórdão, veio reafirmar o entendimento tradicional de que a indemnização pela anulação de uma adjudicação se insere no âmbito da “responsabilidade pré-contratual” e que nessa medida não abrange o

interesse contratual positivo. Em síntese, sustentou-se que, quando um contrato não chega a ser celebrado, o adjudicatário continua livre para celebrar outros contratos e assim “compensar” a perda do lucro que teria obtido com o negócio frustrado, não sendo assim legítimo que ele receba os ganhos que teria auferido com este último.

Por outro lado, sustentou-se que a indemnização a que o adjudicatário lesado tem direito pela anulação da adjudicação abrange todas as despesas em que ele incorreu, independentemente de serem ou não comuns aos demais concorrentes, fundando-se o Acórdão no facto de, após a adjudicação, a posição do concorrente vencedor não ser igual à dos demais concorrentes e de a frustração da sua legítima expectativa de celebrar o contrato não poder deixar de lhe conferir o direito de ser indemnizado por todas as despesas havidas. Numa análise geral, o Acórdão do Pleno suscita dois comentários.

Em primeiro lugar, é de registar a opção do STA por uma solução que garante ao adjudicatário, nestas circunstâncias, o direito a ser indemnizado por todas as despesas em que tenha incorrido com a sua apresentação a concurso.

Em segundo lugar, parece seguro considerar que a manutenção da jurisprudência tradicional quanto à inadmissibilidade de ressarcimento do interesse contratual positivo em caso de anulação da adjudicação por razões imputáveis à entidade adjudicante não sossegará completamente os espíritos e menos ainda se a decadência da adjudicação se dever a razões de oportunidade ou mérito, não de legalidade.

Na verdade, são hoje já vários os autores nacionais e

estrangeiros que, com argumentos relevantes, entendem que, se a adjudicação confere ao seu beneficiário o direito à execução do contrato, então a anulação ou revogação ilegítima dela deveria dar origem a uma indemnização que “compensasse” a frustração desse direito – a qual não poderia deixar de ter como medida todos os benefícios económicos que o adjudicatário auferiria com a execução do contrato.

Embora o STA não haja acolhido esta posição, será interessante verificar a evolução jurisprudencial futura, sobretudo se tivermos presente que o acórdão em análise foi proferido ainda ao abrigo da lei antiga e que o actual regime do CCP poderá suscitar algumas dúvidas a este propósito.

Com efeito, estabelece-se aí (art. 105.º, n.º 3) que caso o contrato não seja outorgado por culpa da entidade adjudicante, o adjudicatário terá “direito a ser indemnizado por todas as despesas e demais encargos em que comprovadamente incorreu com a elaboração da proposta e com a prestação da caução” – solução que parece estar em sintonia com a jurisprudência agora fixada pelo STA – sendo certo, no entanto, que o Código estatui logo a seguir (art. 105.º, n.º 4) que o adjudicatário poderá, em alternativa, “exigir judicialmente a celebração do contrato”. Reconhecendo assim existir um direito à execução contratual nascido com a adjudicação, a lei está a abrir a porta à tese de que a indemnização pela sua frustração deverá ser medida pelo interesse contratual positivo. Neste cenário, cabe então aguardar pelas novidades que a jurisprudência trará, com a certeza de que, mais cedo ou mais tarde, a matéria voltará a ser discutida judicialmente.

BREVES

Lei n.º 3/2010 de 27 de Abril

A Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, veio estabelecer a obrigatoriedade de pagamento de juros de mora, pelo Estado e demais entidades públicas, incluindo as regiões autónomas e as autarquias locais, pelo atraso no cumprimento das respectivas obrigações pecuniárias.

Este diploma legal procede à alteração do Código dos Contratos Públicos, introduzindo as seguintes modificações:

- (i) Fixa prazos imperativos para o vencimento das obrigações pecuniárias, sem necessidade de pré-aviso, sempre que do contrato não conste data ou prazo de pagamento (art. 299.º);

- (ii) Estabelece a nulidade das cláusulas contratuais que estabeleçam prazo superior a 60 dias para o vencimento das obrigações pecuniárias (novo art. 299.º - A);
- (iii) Estabelece uma regra de vencimento automático, sem necessidade de novo aviso, da obrigação de pagamentos de juros de mora, uma vez vencida a obrigação pecuniária (art. 326.º, n.º 2);
- (iv) Estabelece a nulidade das cláusulas que excluam ou limitem a responsabilidade por mora sem motivo atendível e justificado (art. 326.º, n.º 3).

Estas alterações entram em vigor no dia 1 de Setembro de 2010.

Índice

Vieira de Almeida & Associados - Sociedade de Advogados, RL | www.vda.pt
Av. Duarte Pacheco, 26 - 1070-110 Lisboa - Portugal | lisboa@vda.pt
Av. da Boavista, 3433 - 8º - 4100-138 Porto - Portugal | porto@vda.pt
Calçada de S. Lourenço, 3 - 2º C - 9000-061 Funchal - Portugal | madeira@vda.pt

Esta Newsletter é de distribuição reservada e não deve ser entendida como qualquer forma de publicidade, pelo que se encontra vedada a sua cópia ou circulação. A informação proporcionada e as opiniões expressas são de carácter geral, não substituindo o recurso a aconselhamento jurídico para a resolução dos casos concretos.

