

NEWS

DIREITO PÚBLICO

Índice

Editorial	1
Gestão da Água e Resíduos	2
As Empreitadas de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos	2
Crédito Municipal	3
Regulação, Supervisão e Informação	3
A Exclusão de Propostas de Empresas em Relação de Domínio na Contratação Pública	4
Breves	4

Ocupado noutras andanças editoriais, o grupo de Direito Público da VdA só agora dá vazão à aspiração de estampar uma *newsletter* sobre temas da actualidade jusadministrativa (não descurando, claro, a sua vertente constitucional e jurídico-financeira).

As preocupações que nos nortearão nesta tarefa (inicialmente semestral) são as da sua utilidade, qualidade e actualidade prático-jurídicas, crenças de que só assim conseguiremos escapar ao relativo desinteresse que estas “cartas”, por poderem ser tomadas como um modo de os respectivos autores se darem a conhecer (mais do que de darem a conhecer o que de novo e relevante se passa no mundo jurídico), se arriscam a suscitar.

Nem numa Casa como esta os seus “maiores” – que fazem da sobriedade de processos e da qualidade dos resultados marcas distintivas – consentiriam noutra linha editorial.

A ambição de elevar esta publicação ao nível das melhores que se fazem não se consome, é claro, em protestos e promessas verbais, reclamando uma sua permanente e efectiva demonstração, agravada não só pela avidez de conhecimentos úteis que – dispondo agora das traves mestras do seu sistema substantivo e adjectivo – os cultores do direito administrativo sentem perante o aparecimento quotidiano de densos problemas de sua interpretação e aplicação, mas também pelo aprofundamento da respectiva dogmática jurídica que o medrar das sementes lançadas pelos seus primeiros e raros cultores proporcionou aos milhares que, hoje, decorridos 150 anos após o seu aparecimento em meados do século XIX, o cultivam com um traquejo, um fulgor e uma erudição até há bem pouco tempo apanágio exclusivo dos privatistas e criminalistas. Traquejo, os mais experientes de nós podem assegurá-lo; fulgor, têm-no em alto grau os prendados “jovens” da equipa VdA. Erudição, essa, há-de procurar-se noutras obras – nem é suposto pô-la num trabalho destes, o que só atarracaria o seu propósito eminentemente prático.

EDITORIAL

Mário Esteves de Oliveira

Sem nos fecharmos a outras matérias, preocupar-nos-emos, sobretudo, com os capítulos das relações entre reguladores e regulados, das concessões e das parcerias público-privadas, da contratação pública e do contencioso administrativo, das infra-estruturas e *utilities*, com o direito autárquico e do sector empresarial público e com os aspectos mais tipicamente administrativos da fiscalização do Tribunal de Contas.

Assim, sem perder de vista a necessidade de moldar sempre o escasso papel disponível às exigências concretas de cada momento, incluiremos nestas publicações, além de recensões sobre as obras doutrinárias e decisões judiciais que mais moça causem no universo jusadministrativo, também comentários e glosas sobre as leis e questões candentes que forem surgindo, abrindo-se por fim um espaço (o Consultório) para responder seleccionadamente, se a ideia vingar, às dúvidas que os interessados conosco queiram partilhar.

Sejam os leitores então muito bem-vindos, na expectativa de que possam comprovar não serem mera prosápia as palavras deste editorial.

Mário Esteves de Oliveira,
Paulo Pinheiro,
Rodrigo Esteves de Oliveira,
Tiago Amorim,
Catarina Pinto Correia,
Paulo Clode de Freitas,
Alexandre Esteves de Oliveira, Ana Marta Castro, André Proença, Marta Ferreira

de Carvalho, Inês Santos Pinto, Sérgio Alves Ribeiro, Jorge Silva Martins, João Soares Franco, Paulo Malva do Vale, José Miguel Lucas, Mariana Faria Maurício, Pedro Matias Pereira, Vasco Pinto da Rocha e Mariana Figueiredo, membros da Área de Público da Vieira de Almeida & Associados.



GESTÃO DA ÁGUA E RESÍDUOS

As parcerias entre o Estado e os municípios para exploração dos sistemas “em baixa”

Paulo Pinheiro e Marta Ferreira de Carvalho

Índice

Foi publicado no passado dia 9 de Abril o Decreto-Lei n.º 90/2009 sobre as parcerias entre o Estado e as autarquias locais para a exploração e gestão de sistemas municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos.

Com a consagração deste novo modelo, que se insere no quadro dos objectivos do Plano Estratégico do Abastecimento de Água e Saneamento de Águas Residuais 2007-2013 (PEASAR II) e do Plano Estratégico de Resíduos Sólidos Urbanos (PERSU II), pretende-se contribuir para a resolução dos problemas que, não obstante os progressos registados nos últimos anos, ainda subsistem ao nível dos sistemas municipais, em “baixa” (ou seja, com ligação directa aos consumidores finais), problemas esses essencialmente ligados à viabilização dos investimentos necessários em infra-estruturas, à operacionalidade da sua exploração e à respectiva articulação com os sistemas multimunicipais, “em alta”.

No essencial, prevê-se no diploma a possibilidade de celebrar um contrato de parceria entre o Estado e as autarquias locais, para que esses sistemas municipais passem a ser geridos ou por empresas (de índole estatal ou local) a criar *ex novo*, com participação dos municípios ou associações de municípios e de entidades do sector empresarial do Estado ou, então, pelas entidades gestoras dos sistemas multimunicipais, envolvendo o alargamento das concessões de sua titularidade.

Por contraposição com os modelos actuais, constituídos ao abrigo do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro – assentes na gestão autárquica dos sistemas municipais (através de serviços municipais e municipalizados ou por recurso a empresas do sector empresarial local) ou na respectiva concessão a operadores privados – esta alternativa caracteriza-se pelo alargamento da intervenção do Estado (até agora circunscrita aos sistemas multimunicipais “em alta”) à gestão dos serviços “em baixa”.

Dada a sua natureza contratual, o sistema não põe

em causa as atribuições e competências originárias dos municípios e tem, por outro lado, a vantagem de permitir superar os problemas suscitados pelas imposições concorrenciais da contratação pública, pois que as parcerias a instituir se subsumem no âmbito da contratação *in house* (art. 13º do CCP). Temos, aliás, na Região Autónoma da Madeira, experiência de uma solução em tudo similar à que agora se adopta. Assim, no quadro da reestruturação dos respectivos sectores da água e dos resíduos, foi aprovado um conjunto de diplomas, nomeadamente o Decreto Legislativo Regional n.º 7/2009/M, de 12 de Março, que procedeu à criação dos sistemas regionais de distribuição de água e saneamento básico (em “baixa”) e de recolha de resíduos, aos quais os municípios podem aderir voluntariamente mediante contrato com a Região, prevendo-se a posterior constituição de uma empresa pública participada por ela e pelos municípios aderentes, a quem se concederá a gestão e exploração destes sistemas.

AS EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Algumas dúvidas sobre as suas inovações

Tiago Amorim e Alexandre Esteves de Oliveira

Índice

O regime das empreitadas de obras públicas previsto no anterior DL 59/99 sofreu, com o CCP, uma aprofundada revisão, a exigir uma reflexão cuidada sobre as diversas dúvidas que as suas inovações suscitam, como as que exemplificativamente aqui se trazem.

Assim, não vislumbramos o alcance do abandono pelo legislador da tradicional divisão das empreitadas por preço global, por série de preços e por percentagem, a inculcar que doravante a mesma seria, senão inaplicável, pelo menos, irrelevante. Não se descortina, na verdade, que outros regimes de preços poderiam ser adoptados, sendo certo que os dono de obra (DO) sempre terão que enveredar por um deles e que isso (ao contrário do que sugere o art. 392º) há-de ter reflexos no montante dos pagamentos a efectuar.

Igualmente importantes são as dúvidas suscitadas pelo art.º 378º/3 do CCP em matéria de *erros* e *omissões* dos projectos da autoria “moral” ou “material” do DO,

o qual assenta numa surpreendente inversão da responsabilidade pelos trabalhos de seu suprimento, fazendo-a recair (pelo menos, parcialmente) sobre o empreiteiro se tais deficiências não forem detectadas, ainda por cima, “*expressa e inequivocamente*”, pelos concorrentes, durante a fase de formação do contrato (no prazo do art. 61º/1), quando, à luz do critério da diligência objectiva e concretamente exigível, os mesmos fossem aí detectáveis.

Tal inversão de responsabilidades, mesmo nesse pressuposto, suscita algumas interrogações relativamente à sua conformidade com a Constituição, parecendo representar um abuso de direito e suscitar bastas dúvidas quanto ao respeito de princípios fundamentais do ordenamento jurídico dos Estados de Direito, como, por exemplo, o da proibição do arbítrio e o da boa fé ou da protecção da confiança. Não podemos, com efeito, perder de vista que, para a elaboração do projecto, o DO – a quem, mais do que a quaisquer outros, é exigível, nesta sede, uma *especial*

diligência – dispõe, de meios e tempo bastantes para que o mesmo seja rigoroso e completo, depurado de erros e isento de omissões. Ou, então, cometeria a tarefa de sua elaboração aos próprios concorrentes. Nem é curial, por outro lado, presumir que estes possam, no decurso do prazo fixado para o efeito, identificar rigorosamente erros ou omissões (sobretudo os relativos a trabalhos de “campo”) que, à partida, nem sequer deveriam existir, para proceder, eles próprios, ao seu suprimento.

Afigura-se-nos, pois, que a regra legal apenas deve ser aceite nos casos em que o critério da diligência objectiva e concretamente exigível seja interpretado pelos tribunais no sentido de somente nas situações em que um empreiteiro *normalmente* diligente, actuando com os meios usualmente utilizados na elaboração de propostas e atendendo ao tempo disponível, tivesse a obrigação de detectar o erro ou a omissão existente, em situações aparentadas com as de erro evidente, de lapso manifesto.



CRÉDITO MUNICIPAL

A partir de que momento se deve aferir o endividamento do município?

Paulo Clode de Freitas e Inês Santos Pinto

O dia 31 de Dezembro marca o encerramento do ano económico e determina a apresentação das contas anuais bem como o reporte dos défices orçamentais por parte dos municípios. É também por referência a essa data que o Tribunal de Contas (TC), em sede de controlo financeiro sucessivo, determina a aplicação de sanções⁽¹⁾ aos municípios que ultrapassem os limites legais da capacidade de endividamento.

Num Acórdão recente (n.º 1/2009, publicado no passado dia 17 de Junho), o TC, desta feita em sede de *fiscalização prévia* – estando em causa a norma do art.38.º/6 da LFL, que só permite à assembleia municipal autorizar a contracção de empréstimos de médio e longo prazo se for demonstrada a capacidade de endividamento do município para tal – veio fixar jurisprudência da maior relevância nesta matéria.

Na base desse aresto estão dois Acórdãos proferidos em processos diferentes mas incidindo ambos sobre a questão fundamental do *momento de referência para aferição do cumprimento do limite legal de endividamento municipal*.

Num desses acórdãos, o TC analisou a capacidade municipal de endividamento por referência ao *final do ano económico* em causa – por entender só então ser possível ajuizar com rigor se o município excedeu o seu limite de endividamento líquido total – enquanto no outro, enveredara pela aferição daquela capacidade por referência ao *momento da contracção dos empréstimos*. Sendo sabido que, legalmente, a capacidade de endividamento dos municípios é um pressuposto da contracção de empréstimos, decorre da jurisprudência agora fixada pelo TC que uma sua insuficiente demonstração, num caso concreto – que deve ter em conta, entre outros, o aumento da dívida resultante do empréstimo em causa – corresponde a uma ilegalidade sancionável com a recusa do visto. Entendeu o TC que qualquer outro entendimento, não só atentaria contra o disposto no art. 38.º/6 da LFL, como esvaziaria de sentido o disposto no art. 44.º da LOPTC que manda verificar, em sede de fiscalização prévia, a observância dos limites de endividamento.

Não se trata aqui, por conseguinte, de recusar que a violação (consumada) do limite de endividamento

As autarquias podem ver recusado o visto a contratos de empréstimo que se destinem ao financiamento de investimentos quando, à data da contracção do empréstimo, estas não demonstrem capacidade de endividamento para o efeito

seja apurada e, eventualmente sancionada, também por referência ao final do ano em questão, mas de admitir que a aferição desse limite legal pode ou deve ter lugar, consoante os efeitos em causa, em diferentes momentos, designadamente, em sede de fiscalização prévia, aquando da autorização da contracção de empréstimo de médio e longo prazo. Assim, *as autarquias podem ver recusado o visto a contratos de empréstimo desses que se destinem ao financiamento de investimentos quando, à data da contracção do empréstimo, não demonstrem capacidade de endividamento para o efeito*.

¹ Referimo-nos, designadamente, à redução das transferências do Estado e à redução do crédito nos anos subsequentes, previstas nos arts. 5.º, n.º 4, 37.º, n.º 2 e 39.º, n.º 3 da Lei das Finanças Locais (LFL) e no art. 65.º, n.º 1, al. f) e n.º 2 da LOPTC.

Índice

REGULAÇÃO, SUPERVISÃO E INFORMAÇÃO

O recentíssimo Acórdão do STA de 18 de Junho de 2009

Rodrigo Esteves de Oliveira e André Proença

Entre as várias questões que se suscitam hoje no contexto da supervisão dos mercados económicos e financeiros por parte das autoridades reguladoras, uma das mais importantes, até por contender com matéria de direitos fundamentais, consiste em saber em que medida poderão as empresas reguladas ter acesso aos documentos e ser informadas sobre as diligências sobre si levadas a cabo por tais autoridades. Em suma, *que informação no âmbito da regulação?*

Este assunto conheceu um importante desenvolvimento com o acórdão tirado em sede de revista pelo STA no passado dia 18 de Junho, que limitou de forma significativa a possibilidade de as autoridades reguladoras se escusarem a dar conhecimento aos interessados das denominadas diligências de supervisão (recolha de informações, estudos, etc.), ou seja, das actuações regulatórias de *soft administration*.

Os factos aí em discussão eram simples: encontrando-se a investigar as eventuais implicações jusconcorrenciais de uma determinada operação empresarial, a Autoridade de Concorrência (“AdC”) recusara a uma das empresas

envolvidas a consulta do processo de supervisão, alegando que o que estava em causa era o mero acompanhamento contínuo de mercados, sem que estivesse ainda sequer determinado se seria necessária alguma intervenção concreta, motivo pelo qual não haveria aí um procedimento administrativo e, logo, direito das empresas a obter a pretendida consulta, devendo manter-se tudo na esfera reservada da Administração.

Inconformada, a empresa recorreu a tribunal e, após decisões contraditórias das duas instâncias normais, o STA, em sede de revista, deu-lhe razão.

O principal argumento invocado foi o de que quando a AdC fiscaliza uma determinada operação empresarial – recolhendo informações (parte delas, de uma das empresas em causa), elaborando estudos, relatórios, etc. –, a sua actuação integra-se num procedimento administrativo, além do mais, por estar sempre em causa um meio de formação da sua vontade (dispositiva ou omissiva) quanto às realidades analisadas, reconhecendo-se assim às empresas visadas o acesso aos documentos e informações que existam na “casa” da Administração,

independentemente de se saber se, mais tarde, resultarão do processo de supervisão quaisquer consequências jurídicas concretas já do domínio da *hard administration*, associadas à prática de um acto administrativo intrusivo. Sabendo-se que parte significativa e publicamente relevante da actuação das autoridades reguladoras consiste precisamente em acompanhar, monitorizar e fiscalizar as operações empresariais das sociedades sujeitas aos seus poderes regulatórios, este acórdão – superando algumas dificuldades que as diversas vertentes do direito à informação administrativa poderiam suscitar – constitui uma decisão importantíssima, pelo “precedente” que cria, pela leitura “amiga” que faz de um dos mais relevantes direitos fundamentais da actualidade (o direito de informação e de consulta de processos administrativos), mas também pelo seu sentido programático num Estado que se quer de pleno Direito, impondo à Administração reguladora ou supervisora as marcas da abertura e da transparência, salvo naturalmente aí onde existam razões legalmente justificativas da confidencialidade do respectivo processo administrativo.

Índice

A EXCLUSÃO DE PROPOSTAS DE EMPRESAS EM RELAÇÃO DE DOMÍNIO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Catarina Pinto Correia e Ana Marta Castro

Na economia actual, são inúmeros os grupos económicos que se subdividem em diversas sociedades especializadas em determinado sector do negócio global – não obstante procurarem em última instância (sem prejuízo dos interesses próprios, que sempre existem) o bem comum do Grupo –, pelo que é frequente encontrá-las em concorrência entre si por um mesmo contrato (no mercado da contratação privada ou pública), discutindo-se da legitimidade concorrencial desse comportamento.

À luz do Código dos Contratos Públicos (e também das Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE que aquele transpôs), não existe qualquer regra literalmente impeditiva dessa “dupla” participação individual num mesmo procedimento adjudicatório público, mas apenas (nos termos do respectivo artigo 54.º) da apresentação de propostas por agrupamentos participados por uma mesma entidade⁽¹⁾, sendo frequentes, porém, as situações em que se vem suscitando a questão da admissibilidade de tal participação. O Tribunal de Justiça proferiu recentemente um Acórdão

(Assitur, de 19.5.09, proc. C-538/07) a considerar ilegítima, face ao Direito Comunitário, uma norma do Direito italiano que proibia, sem mais, a participação de empresas em relação de domínio num mesmo procedimento pré-contratual público.

São duas as candentes questões sobre que tal Acórdão se pronunciou⁽²⁾ (e de que os acórdãos *La Cascina* e *Michaniki* já se faziam eco).

A primeira respeita à taxatividade das causas de exclusão de concorrentes, previstas nas Directivas, no que concerne às suas qualidades profissionais (honestidade profissional, solvabilidade e fiabilidade) –, permitindo apenas uma aplicação mais moderada ou flexível de alguns desses critérios pelos Estados Membros –, sem prejuízo da possibilidade de adopção de novas causas de exclusão noutras domínios, destinadas a garantir o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento e da transparência (respeitando sempre a exigência de proporcionalidade), como seria o caso, em algumas circunstâncias, da proibição de

participação individual, num mesmo procedimento, de duas empresas ligadas por relações de domínio.

A outra ideia é a de que tal proibição não vale de forma absoluta e automática, pois terá sempre que garantir-se a possibilidade de os interessados demonstrarem que tais relações não tiveram influência no seu comportamento enquanto concorrentes.

A dificuldade de demonstração da licitude de tal comportamento suscitará certamente dificuldades de aplicação da regra jurisprudencial, pelos problemas resultantes da exigência de prova de um facto negativo, que os tribunais terão necessariamente que resolver de maneira flexível, sob pena de inaplicabilidade (ou quase inaplicabilidade) prática dessa regra.

- 1 Ou então de propostas apresentadas pela mesma entidade, uma isoladamente, outra em agrupamento.
- 2 Reportado à Directiva 92/59/CE (art. 29º), ele permite porém antever qual será o entendimento do Tribunal quando a questão lhe for colocada à luz das Directivas actualmente em vigor, atenta a similitude da respectiva disciplina nelas dado a esta matéria.

Índice

BREVES

Novidades no sector aeroportuário

No passado dia 25 de Junho, o Conselho de Ministros aprovou três diplomas no âmbito do sector aeroportuário: (i) um Decreto-Lei que define um novo modelo de regulação económica e de qualidade de serviço do sector aeroportuário nacional, com o qual se pretende criar condições para o investimento e para o reforço da competitividade dos aeroportos portugueses; (ii) um Decreto-Lei (que altera o Decreto-Lei n.º 102/90) sobre o regime jurídico do licenciamento do uso privativo dos bens do domínio público aeroportuário e do exercício de actividades nos aeroportos e aeródromos públicos e sobre as actividades de assistência em escala ao transporte aéreo aí exercidas (alterando o Decreto-Lei n.º 275/99); e (iii) um Decreto Regulamentar que define as taxas devidas pela ocupação de terrenos, edificações ou outras instalações, bem como pelo exercício de quaisquer outras actividades, na área dos aeroportos e aeródromos públicos.

Pedido de declaração de inaplicabilidade da Directiva 2004/17/CE ao mercado da produção e comercialização de electricidade em Espanha

No passado dia 3 de Junho de 2009, a Comissão Europeia recebeu um pedido de Espanha formulado ao abrigo do disposto no artigo 30.º/4 da Directiva 2004/17/CE (do Parlamento Europeu e do Conselho), de 31 de Março, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores especiais da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

O pedido, relacionado com as actividades de produção e comercialização de electricidade, visa a emissão de uma decisão que declare que as referidas actividades estão directamente expostas à concorrência no âmbito de um mercado de acesso não limitado, ficando, nessa medida, os contratos a celebrar excluídos da aplicação daquela Directiva, como aliás a Comissão já decidiu em relação às actividades de produção e comercialização de electricidade levadas a cabo na Áustria, na Suécia, no Reino Unido e na Finlândia.

A Comissão dispõe agora de um prazo de 3 meses para proferir a sua decisão. E na medida em que existe uma profunda convergência entre os mercados português e espanhol no domínio da electricidade (onde assume posição central o MIBEL), aguarda-se com expectativa, caso a Comissão venha a deferir o pedido da Espanha, que idêntico pedido possa, em breve, ser apresentado pelo Estado Português junto da Comissão.

ANCP celebra acordo-quadro sobre plataformas electrónicas para as compras públicas

A Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP) assinou, no passado dia 1 de Junho de 2009, um acordo quadro com os quatro fornecedores que haviam sido qualificados no âmbito do concurso para a selecção de prestadores de serviços de plataformas electrónicas para a contratação pública. São agora oito os acordos desta natureza celebrados em pouco mais de um ano, dando-se, assim, mais um importante passo na modernização da Administração Pública e na promoção da transparência dos procedimentos concorrenciais públicos.

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.

