

Qualificação Prévia e
Adjudicação:
requisitos, critérios,
fatores e modelos

Contencioso das fases
de qualificação prévia
e de adjudicação



Pedro Matias Pereira
p.pereira@telles.pt

TELLES
TELLES DE ABREU | ADVOGADOS



- O contencioso pré-contratual
- A impugnação dos documentos conformadores do procedimento
- A impugnação do ato de adjudicação: o efeito suspensivo automático

- A origem do instituto: as *Diretivas recursos*
 - Os equívocos na transposição das Diretivas e as soluções prévias à reforma de 2015
- Pressupostos, efeitos e tramitação
 - As alterações ao CPTA
- Casos práticos

ÍNDICE

- Medidas provisórias e a sua relação com a fase de qualificação

- Âmbito de aplicação
 - As alterações ao CPTA
- Requisitos de concessão
- Tramitação
- Casos práticos

O contencioso pré-contratual urgente

- Regime especial previsto nos artigos 100.º ss. do CPTA para os procedimentos de contratação sujeitos ao contencioso pré-contratual urgente (os *big five*):
 - ❑ empreitada de obras públicas
 - ❑ concessão de obras públicas
 - ❑ concessão de serviços públicos
 - ❑ aquisição ou locação de bens móveis
 - ❑ aquisição de serviços.
- Regime que resulta de imposição do direito europeu – Diretiva Recursos (Directiva 2007/66/CE)
 - Parte de um regime comum que (em conjunto com o regime da contratação pública) visa um mercado europeu de contratos públicos

A impugnação dos documentos conformadores do procedimento

Artigo 103.º

1 – (...) os processos dirigidos à declaração de ilegalidade de disposições contidas no programa do concurso, no caderno de encargos ou em qualquer outro documento conformador do procedimento de formação de contrato, designadamente com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras que constem desses documentos.

- A Diretiva recursos exige um meio judicial destinado à **supressão de especificações técnicas, económicas ou financeiras ou outras determinações discriminatórias.**

A impugnação dos documentos conformadores do procedimento

- A Diretiva recursos exige um meio judicial destinado à **supressão de especificações técnicas, económicas ou financeiras ou outras determinações discriminatórias.**
- As ilegalidades podem dizer respeito a:
 - Ilegalidades nos requisitos de qualificação;
 - Ilegalidades no critério de adjudicação;
 - Ilegalidades nos documentos de habilitação;
 - Etc.

A impugnação dos documentos conformadores do procedimento

2 — O pedido de declaração de ilegalidade pode ser deduzido por quem participe ou tenha interesse em participar no procedimento em causa, podendo ser cumulado com o pedido de impugnação de ato administrativo de aplicação das determinações contidas nos referidos documentos.

- Legitimidade para impugnar: tem que demonstrar interesse no procedimento (possibilidade de ser concorrente)
- Cumulativamente com a impugnação dos documentos do procedimento, podem (**devem**) impugnar-se os atos que os apliquem:
 - Decisão de não qualificação (com base em critérios ilegais);
 - Decisão de não adjudicação (com base em critérios de adjudicação ilegais ou causas de exclusão ilegais).

A impugnação dos documentos conformadores do procedimento

3 - O pedido de declaração de ilegalidade pode ser deduzido durante a pendência do procedimento a que os documentos em causa se referem, sem prejuízo do ónus da impugnação autónoma dos respetivos atos de aplicação.

- **Prazo para impugnar:** pendência do procedimento, i.e., até à decisão de adjudicação (que põe termo ao procedimento)
 - O que significa que as peças de procedimento podem, num concurso limitado por prévia qualificação, ser impugnadas na fase de adjudicação por ilegalidades relacionadas com os critérios de qualificação

A impugnação dos documentos conformadores do procedimento

- **Ónus de impugnar:** não é por ter impugnado as peças de procedimento que se fica desonerado de impugnar os atos que as apliquem
 - A impugnação das peças de procedimento é uma **mera faculdade:** não preclui o direito a impugnar os atos que apliquem essas peças com base na ilegalidade destas
 - Se o processo for decidido, de forma definitiva, antes do fim do procedimento, o processo terá efeito útil: a entidade adjudicante fica obrigada a desaplicar as disposições ilegais
 - Se o processo não for decidido antes do fim do procedimento, a vantagem de propor a ação de impugnação das peças de procedimento é o sustentar um pedido de adoção de medidas provisórias (p.e., suspensão provisória das disposições ilegais)
 - Está ultrapassada a jurisprudência do Acórdão do STA de 27.01.2011 (p. 850/10)

A impugnação dos atos de adjudicação

Artigo 103.º-A

Efeito suspensivo automático

1 - A impugnação de atos de adjudicação no âmbito do contencioso pré-contratual urgente faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado.

- Âmbito:
 - Atos de adjudicação
 - Praticados em procedimentos de contratação sujeitos ao contencioso pré-contratual urgente (os *big five*):
 - ❑ empreitada de obras públicas
 - ❑ concessão de obras públicas
 - ❑ concessão de serviços públicos
 - ❑ aquisição ou locação de bens móveis
 - ❑ aquisição de serviços.

A impugnação dos atos de adjudicação

- Os atos de adjudicação podem ser impugnados com fundamento em:
 - Ilegalidades próprias (p.e., a ordenação de propostas por ilegal aplicação do critério de adjudicação)
 - Ilegalidades derivadas
 - ❑ Aplicação de critérios de adjudicação ilegais (s/necessidade de antes o ter impugnado ou referido em sede de A.P. ou reclamação administrativa)
 - ❑ Aplicação de critérios de qualificação ilegais (idem)
 - ❑ Exclusão ilegal ou omissão de uma exclusão legalmente devida (idem)

O efeito suspensivo automático: efeitos

Artigo 103.º-A

Efeito suspensivo automático

1 - A impugnação de atos de adjudicação no âmbito do contencioso pré-contratual urgente faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado.

- Efeitos:
 - Faz suspender **automaticamente** (i.e., em decorrência da mera entrada em juízo da ação de contencioso pré-contratual de impugnação de ato de adjudicação)
 - O ato de adjudicação (*aa*);
 - ou
 - O contrato (se este já tiver sido celebrado)

O efeito suspensivo automático: efeitos

- *Se ainda não tiver sido celebrado o contrato*, a suspensão de eficácia do aa **impede a adoção de quaisquer outros atos de execução desse aa**:
 - Não se pode celebrar o contrato ou praticar quaisquer atos a isso destinados (p.e., notificar da minuta do contrato, se não tiver sido notificada antes)
- *Se já tiver sido celebrado o contrato*, a suspensão de eficácia dirige-se ao **próprio contrato** e:
 - **A sua execução não se pode iniciar** (se ainda não se tiver iniciado, p.e., por se aguarda pelo visto prévio do Tribunal de Contas ou outro ato de que dependa a respetiva entrada em vigor e produção de efeitos)
 - **A sua execução tem que ser feita cessar pela E.A.** (se já se tiver iniciado com a celebração do contrato).

O efeito suspensivo *standstill*

*Artigo 104.º do CCP
Outorga do contrato*

1 - A outorga do contrato deve ter lugar no prazo de 30 dias contados da data da aceitação da minuta ou da decisão sobre a reclamação, mas nunca antes de:

a) Decorridos 10 dias contados da data da notificação da decisão de adjudicação a todos os concorrentes;

(...)

2 - O prazo de 10 dias previsto na alínea a) do número anterior não é aplicável quando:

a) O contrato tenha sido celebrado ao abrigo de um procedimento de ajuste direto ou de consulta prévia ou, nos demais procedimentos, quando o anúncio não tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia;

b) (Revogada.)

c) Se trate da celebração de contrato ao abrigo de acordo-quadro cujos termos abranjam todos os seus aspetos ou que tenha sido celebrado apenas com uma entidade.

- V. também 95.º/3 para os casos em que contrato não é reduzido a escrito

O efeito suspensivo *standstill*

- É um *impedimento procedimental*: durante o período de 10 dias após a notificação da adjudicação, não pode haver outorga do contrato
 - Visa impedir a *corrida à assinatura do contrato* (criando uma situação de facto consumado, para quem reclamar da adjudicação ou a impugnar judicialmente)
 - Visa permitir a verificação da legalidade e oportunidade da impugnação jurisdicional
 - Aplica-se apenas aos procedimentos abrangidos pela publicação no JOUE
 - Porque se trata de uma exigência da Diretiva Recursos (2007/66/CE)
 - São 10 dias para se decidir se se recorre (ou não) a Tribunal

O efeito suspensivo *standstill*

Artigo 2.º-A da Diretiva recursos

Prazo suspensivo

2. A celebração de um contrato na sequência da decisão de adjudicação de um contrato abrangido pela Directiva 2004/18/CE não pode ter lugar antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos, a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação do contrato tiver sido enviada aos proponentes e candidatos interessados, em caso de utilização de telecópia ou de meios electrónicos, ou, em caso de utilização de outros meios de comunicação, antes do termo de um prazo mínimo, alternativamente, de 15 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação tiver sido comunicada aos proponentes e candidatos interessados ou de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data de recepção da decisão de adjudicação do contrato.

O efeito suspensivo automático: *ratio* e origens

- A Diretiva recursos também faz exigências processuais que, até à revisão de 2015 do CPTA, foram esquecidas.

Artigo 2.º da Diretiva recursos

Requisitos do recurso

3. *Caso seja interposto recurso 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.*

- Isto é, teria que haver uma **decisão judicial antes da celebração do contrato**, o que nosso contencioso pré-contratual não assegurava

O efeito suspensivo automático: *ratio* e origens

- Até à revisão de 2015 do CPTA a forma encontrada para dar cumprimento às exigências da Diretiva recursos era fazer aplicar às providências cautelares de suspensão de eficácia do aa o artigo 128.º do CPTA (*proibição de executar ato administrativo*)
- Mas era um expediente muito insatisfatório:
 - A providência tinha que dar entrada antes da celebração do contrato (pois o artigo 128.º não impede produção de efeitos do contrato, mas apenas do aa) – cf. Acórdão do STA de 03.10.2013, p. 829/13
 - A E.A. poderia invocar, em resolução fundamentada (quase insindicável), motivos de interesse público que obviavam à suspensão, i.e., a E.A. podia celebrar o contrato sem que houvesse prévia intervenção do Tribunal
 - Quanto à concessão da providência, a jurisprudência que se formou a respeito do indeferimento de tais providências considerava a perda do contrato um risco normal e indemnizável e, portanto, insuscetível de ser considerada um prejuízo de difícil reparação.

O efeito suspensivo automático: *ratio* e origens

- A Diretiva recursos exige:
 - que o **efeito suspensivo esteja diretamente associado à impugnação judicial do aa** (i.e., basta uma ação, não sendo necessário recorrer a processos cautelares)
 - Que **só possa ser afastado por decisão judicial** (e não por vontade da E.A.)
- Foi alteração substancial do *status quo* existente
 - o artigo 103.º-A veio evitar que o contrato seja celebrado ou continue a ser executado até que haja uma pronúncia jurisdicional sobre a impugnação do aa.
 - E essa pronúncia judicial pode avaliar (e não apenas atestar a existência) de prejuízos para o interesse público e respetiva gravidade, confrontando-os com os que emergem para o interesse público.

O efeito suspensivo automático: *ratio* e origens

- Essa alteração conduziu a vários casos de suspensão de eficácia de contratos determinantes de certas políticas públicas (ex: em matéria de transporte rodoviário ou de empreitadas de equipamentos públicos)
 - Disseminou-se a consciência, incluindo entre a jurisprudência, de que o Direito Europeu exige a suspensão e só extraordinariamente permite que essa suspensão seja ultrapassada antes de uma decisão de mérito sobre a impugnação.

A alteração ao CPTA

- Lei n.º 118/2019 de 17 de setembro
- Entra em vigor no dia 16 de novembro de 2019 (art. 14.º da Lei)
- Alterações são “imediatamente aplicáveis aos processos administrativos pendentes” (art. 13.º/2 da Lei)

O efeito suspensivo automático: a alteração ao CPTA

Artigo 103.º-A

1. As ações de contencioso pré-contratual que tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação relativos a procedimentos aos quais seja aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 95.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º do Código dos Contratos Públicos, desde que propostas no prazo aí previsto, fazem suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado.



- **Marcha-atrás:** a redução do âmbito de aplicação ao estritamente necessário para cumprir com a Diretiva recursos

O efeito suspensivo automático: a alteração prevista na Lei n.º 118/2019

- Redução do âmbito de aplicação:
- aa a que seja aplicável o artigo 95.º/3 do CCP
- aa a que seja aplicável artigo 104.º/1/a) do CCP
 - Ou seja, apenas nos casos em que se aplica o *standstill* (e o CCP já limitava a aplicação desse efeito aos casos abrangidos pela Diretiva, i.e., contratos com publicidade internacional)
- E desde que as ações sejam propostas no prazo de 10 dias (do *standstill*)

O efeito suspensivo automático: a alteração prevista na Lei n.º 118/2019

Resultados práticos da redução do âmbito de aplicação:

- **Não haverá efeitos suspensivo automático:**
 - Ajuste diretos
 - Consultas prévias
 - Todos os procedimentos (nomeadamente concursos públicos) sem publicidade internacional
- E, mesmo nos casos de procedimentos com publicidade internacional **será necessário que as ações sejam propostas no prazo de 10 dias úteis (i.e., durante o prazo de *standstill*)**
 - Se forem propostas depois o efeito suspensivo automático não se aplica

O efeito suspensivo automático: tramitação e critério de decisão

- A E.A. ou o contrainteresado (i.e., o adjudicatário) pode **requerer ao juiz o levantamento do efeito suspensivo**:
 - Em requerimento autónomo ao longo de todo o processo;
 - Na contestação (requerendo o incidente).
- Tem o ónus de demonstrar que (art. 103.º-A/2):
 - *o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público*
 - ou
 - *gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos,*
 - *havendo lugar, na decisão, à aplicação do critério previsto no n.º 2 do artigo 120.º*

O efeito suspensivo automático: tramitação e critério de decisão

- *O efeito suspensivo é levantado quando, ponderados os interesses suscetíveis de serem lesados, os danos que resultariam da manutenção do efeito suspensivo se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento (art. 103.º-A/4)*
- Alterações simplificadoras na Lei n.º 118/2019:
 - Clarifica-se que o pedido de levantamento pode ter lugar durante toda a pendência da ação
 - Clarifica-se que há só uma resposta ao pedido de levantamento “*sem mais articulados*”

O efeito suspensivo automático: tramitação e critério de decisão

- Alterações simplificadoras na Lei n.º 118/2019 (cont.):
 - Revoga-se a referência ao critério de decisão no artigo 103.º-A/2, ficando apenas o que já consta do artigo 103.º-A/4 (*ponderação dos interesses suscetíveis de serem lesados*);
 - Prevê-se que, tal como nos processos cautelares, os recursos das decisões que sejam proferidas nesses termos tenham um efeito meramente devolutivo – artigo 143.º/2/c)

O efeito suspensivo automático: notas adicionais

- O efeito suspensivo mantém-se enquanto se mantiver pendente o processo de contencioso pré-contratual
 - I.e., até que haja uma decisão transitada em julgado
 - Pode suceder que mesmo após uma decisão desfavorável à impugnação (em 1.ª instância) o efeito suspensivo se mantenha



- A decisão judicial relativamente ao pedido de levantamento pode ser objeto de recurso, que tem, como vimos, efeito meramente devolutivo
 - I.e., a suspensão mantém-se enquanto o recurso é decidido.

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços de recolha resíduos

- A Entidade Demandada requereu o levantamento do efeito suspensivo:
 - **Impedimento da prestação de serviço de limpeza pública e recolha de resíduos, assim causando graves prejuízos ao interesse público;**
 - A Ré não dispõe de **meios próprios** para o efeito;
 - A **prorrogação dos contratos anteriores (concessões) está sujeita a fiscalização prévia do Tribunal de Contas**, estando em causa a regularidade e continuidade da limpeza pública no Município, podendo causar **graves prejuízos para a saúde e salubridade públicas**.
 - Os **prejuízos da Autora serão prejuízos naturais de qualquer concorrente**, não havendo qualquer lesão acrescida, sendo o potencial prejuízo comum aos demais concorrentes, estando em causa interesse público superior ao privado.

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços de recolha resíduos

- Resposta da Autora
 - o contrato de concessão ainda se encontrava em vigor e poderia ser prorrogado sucessivamente por 30 dias, pelo que nada impediria que tal acontecesse até sentença transitada em julgado, não existindo por isso qualquer interesse público que tenha de ser acautelado;
 - contrato de concessão existente pode ser prorrogado por quatro anos, não sendo curial que a ação demore esse tempo a ser decidida, nem é preciso recorrer a ajustes diretos e a prorrogação do prazo do contrato não é uma dificuldade extrema, de resto tal já aconteceu duas vezes, pelo que o deferimento da execução do contrato não é gravemente prejudicial para o interesse público.

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços de recolha resíduos

- Decisão do Tribunal
 - *está em causa a adjudicação de prestação de serviços de limpeza pública e recolha de resíduos urbanos. É inquestionável que se trata de um **serviço público essencial**, no sentido de que está em causa a saúde, a higiene e a **salubridade públicas**. Como está bom de ver uma cidade não pode ficar sem limpeza urbana, nem recolha de lixo*
 - *A prorrogação do contrato de concessão até quatro anos, depende da vontade das partes, não sendo a Autora uma dessas partes, **admitir aquela prorrogação seria cogitar hipóteses de frágil condição**, porquanto seria contar com o interesse de terceiros, o que não concede a segurança e certeza necessárias para a garantia de limpeza e recolha de resíduos urbanos.*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços de recolha resíduos

- Decisão do Tribunal
 - *Os interesses da Autora são passíveis de serem indemnizados, em caso de eventual provimento da ação. O mesmo não se pode dizer do interesse público em apreço, uma vez que a limpeza e recolha de resíduos não são passíveis de serem substituídos por qualquer outro tipo de compensação ou de sucedâneo jurídico. Ou seja, tratam-se de serviços que não podem cessar.*
 - *Assim, conjecturar sobre possíveis prorrogações de contrato, não assegura a efetividade da continuação da prestação do serviço público essencial aqui em causa.*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços de recolha resíduos

- Decisão do Tribunal
 - *Veja-se sobre assunto em tudo idêntico, o Acórdão do TCA Norte de 21/10/2016, proferido no processo n.º 01224/16.4BEPRT-A (em www.dgsi.pt), cujo sumário contém o seguinte teor: A continuidade do funcionamento eficaz do serviço de recolha do lixo é uma necessidade geral imperiosa, por irreparáveis os efeitos nocivos para a saúde e higiene pública previsivelmente advenientes da perturbação e descontinuidade dessa tarefa, que se sobrepõe ao interesse privado, de índole económica, ressarcível, focalizado na esfera jurídica da Recorrida.*
 - *Em resumo, na situação concreta, considera-se ser o interesse público prevalecente, uma vez que a limpeza e recolha de resíduos sólidos não pode cessar, sendo o interesse privado indemnizável, em caso de eventual provimento na ação*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços de recolha resíduos (similar)

- Decisão do Tribunal
 - [Na data de fim das concessões] *não haverá ainda decisão judicial com trânsito em julgado, que aprecie do mérito da pretensão da Autora, sendo por isso **altamente provável que a limpeza pública da cidade possa não ser assegurada de modo contínuo, sem interregnos, constituindo-se dessa forma um grave prejuízo para o interesse público, que é gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses, designadamente para aqueles que cabe à Ré assegurar/prosseguir no domínio da limpeza pública, e que é garante da salubridade e saúde públicas.***

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços para campanha publicitária

- Pedido de levantamento:
 - Alinhamento entre a data de disponibilização de uma nova frota de autocarros com a política comunicacional e de marketing com a aludida disponibilização dos novos autocarros ao serviço público [para cativação de clientes para a utilização dos transportes públicos em questão];
 - Execução do contrato, incluindo a contratualização de spots publicitários (i.e., a campanha publicitária encontrava-se no ar, com reserva de espaços publicitários até ao final da execução do contrato);
 - O contraente privado já emitiu fatura correspondente a 30% do valor da adjudicação;

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços para campanha publicitária

- Pedido de levantamento:
 - Os montantes faturados o são considerados despesas elegíveis para efeitos do POSEUR, pelo que a não execução do contrato levará a uma provável perda de financiamento aprovado;
 - o crescimento rápido e sustentado de passageiros ficará comprometido e desajustado, caso não se cumpra com a campanha publicitária estabelecida, dado que se irá perder o efeito das mensagens vinculadas [recordação de mensagens];
 - a Entidade Demandada entende que os seus interesses são manifestamente superiores aos daquela, dado que a suspensão do contrato comprometerá não só o cumprimento do contrato de financiamento, mas também a imagem da Entidade Demandada no que respeita à entrada ao serviço dos novos autocarros;

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços para campanha publicitária

- Resposta da Autora:
 - A posição da Entidade Demandada evidencia uma situação de “corrida à assinatura do contrato”, quando já tinham conhecimento, em momento prévio ao da assinatura ao contrato, que a Autora pretenderia reagir judicialmente contra o acto de adjudicação [o que desencadearia o efeito suspensivo previsto no Artigo 103.º-A do CPTA];
 - Os factos alegados demonstram situações de mero inconveniente ou de constrangimento para o interesse público e não de **grave prejuízo ou de um prejuízo desproporcional**;
 - perda do financiamento é apenas uma possibilidade, não tendo sido produzida qualquer prova nesse sentido;
 - A perda deste contrato pela Autora significará um prejuízo económico seríssimo, bem como a perda de oportunidade incluir este trabalho no seu portfólio;

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços para campanha publicitária

- Decisão do Tribunal:
 - *Exige-se um juízo de prognose relativamente ao tempo previsível da duração da acção de contencioso pré-contratual, procurando-se a avaliação e ponderação dos danos ou prejuízos reais que advierem da manutenção do efeito suspensivo ou do seu levantamento e, nessa medida sopesar tais danos e prejuízos.*
 - *Nesse sentido veja-se o Acórdão do TCAN de 13/01/2017, p. 01223/16.6BEPRT-A, segundo o qual “só depois de o Tribunal concluir pela gravidade dos prejuízos invocados e/ou pela patente desproporcionalidade da lesão de outros interesses é que procederá, então, à ponderação entre esses prejuízos qualificados resultantes da manutenção do efeito suspensivo e os danos que podem resultar do seu levantamento.”*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços para campanha publicitária

- Decisão do Tribunal:
 - *quem impugna um acto pré-contratual tem à partida o direito a ver o procedimento concursal imediatamente suspenso, até que a correspondente acção seja definitivamente dirimida, situação que só pode ser invertida em situações atípicas ou extraordinárias, quando ocorram prejuízos ou danos graves e claramente desproporcionais para os interesses públicos ou contrapostos.*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços para campanha publicitária

- Decisão do Tribunal:
 - *do cotejo dos comandos legais supra citados resulta que o incumprimento pelos beneficiários das obrigações e deveres que sobre si impendem poderão levar à redução ou revogação do apoio. Não resulta daquelas disposições legais que o incumprimento de obrigações pelos beneficiários conduz de forma automática à perda ou diminuição do apoio financeiro. Nem tão pouco resulta das mesmas qualquer prazo para cumprimento das mesmas e que o seu incumprimento levará, também, à perda do financiamento.*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços para campanha publicitária

- Decisão do Tribunal:
 - *o fundamento avançado pela Entidade Demandada, a de perda do financiamento, é apenas hipotética e não um prejuízo que se verificará com toda a certeza, caso não seja determinado o levantamento do efeito suspensivo do contrato.*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços para campanha publicitária

- Decisão do Tribunal:
 - *O intuito do n.º 2 e do n.º 4 do Artigo 103.º-A do CPTA, não é o de evitar as normais consequências que advêm do regime instituído pelo 103.ºA n.º 1 do CPTA, como seja a não execução do contrato, a constituição de garantia bancária para garantia do com cumprimento do contrato, a realização de despesas ou, até, acréscimo de alguns custos de natureza estritamente económica,*
 - *sob pena do regime da suspensão automática dos efeitos do acto de adjudicação perder completamente a sua utilidade, assim como, o de evitar consequências lesivas desproporcionais para os demais interesses envolvidos; sendo que, também neste caso o critério económico não poderá ser o primeiro a ser tido em consideração, devendo levar-se em conta em situações que se apresentem como desproporcionais. O que não é o caso.*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços para campanha publicitária

- Decisão do Tribunal:
 - *É de conhecimento público qual a importância das campanhas de publicidade, as quais, na sua maioria, tem como objectivo a venda ou promoção de produto, serviço ou marca. Porém, não significa que os autocarros deixarão de circular se a Campanha for diferida no tempo, nem tão pouco que os utilizadores dos transportes públicos deixarão de utilizar este meio de transporte pelo simples facto de a Campanha Publicitária não decorrer logo no começo da circulação dos novos autocarros.*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de serviços para campanha publicitária

- Decisão do Tribunal:
 - *Admite-se que, no momento imediato, a principal mensagem da Campanha não seja alcançada [ou pelo menos não o seja de forma tão eficaz]: a escolha do transporte público – “amigo do ambiente” - em detrimento do transporte privado, combatendo-se, assim, os altos níveis de emissão de CO2. Porém, não se vislumbra que na pendência da presente acção, tal facto constitua um grave prejuízo para o interesse público que justifique o levantamento do efeito suspensivo.*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de empreitada de obra pública

- Pedido de levantamento:
 - *[A reabilitação do espaço público de um bairro social] que se encontrava degradada e que se debatia com graves problemas de insalubridade habitacional, que afectavam tanto a zona residencial como a zona pública envolvente, designadamente e no que respeita a esta última, devido à fraca iluminação da via pública, o que contribuía para o exercício de actividades ilícitas, pavimentos em mau estado de conservação, estacionamento insuficiente e ocupação de área pública por construções ilegais*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de empreitada de obra pública

- Pedido de levantamento:
 - *A suspensão da reabilitação implicaria a contínua degradação de todas as infra-estruturas de ligação públicas que se encontram em grave estado de conservação e que permitem o abastecimento de gás, electricidade, telecomunicações e iluminação às habitações*
 - *A reabilitação dos edifícios comportou a substituição e modernização do equipamento destas ligações, mas não sendo possível a ligação definitiva às redes públicas por insuficiência e incapacidade das infra-estruturas existentes, foram realizadas ligações provisórias que precisam com urgência de ser substituídas, sob pena de não suportarem, durante um período alongado de tempo, o desgaste decorrente de uma utilização normal, precisamente por se tratar de estruturas provisórias;*
 - *as verbas que se encontravam alocadas à realização das obras do projecto de reabilitação do bairro para o presente ano ficam perdidas, afectando negativamente os indicadores de eficácia e eficiência da empresa [municipal] e consequentemente o seu desempenho organizacional;*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de empreitada de obra pública

- Decisão do Tribunal
 - *incumbe à R. e aos contra-interessados o ónus de alegar e provar que o adiamento da execução do acto seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos;*
 - *[a empreitada] destina-se à execução dos trabalhos de requalificação de pavimentos e espaços verdes, a reabilitação das infra-estruturas do espaço público municipal e fornecimento de equipamentos para a execução do empreendimento, trabalhos de indiscutível importância para o bem-estar de todos quantos habitam no referido Bairro.*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de empreitada de obra pública

- Decisão do Tribunal
 - *[Mas] não tendo sido feita a devida prova (que incumbia à R., nos termos do disposto nas disposições conjugadas dos art.ºs 103.º-A, n.º 2 do CPTA e 342.º do CC) de factos concretos que permitam concluir que o diferimento da execução do acto de adjudicação seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos;*
 - *atento o previsto no artigo 103.º-A, n.º 2 do CPTA, não basta uma qualquer lesão do interesse público, tem de se tratar de uma situação em que o diferimento da execução do acto seja “gravemente prejudicial para o interesse público”, o que não se demonstra nos autos*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de empreitada de obra pública

- Decisão do Tribunal
 - *O escopo que presidiu à consagração do efeito suspensivo automático no art.º 103.º-A, foi o de dar prevalência à reposição do respeito pelo regime da contratação pública por via da expurgação e correcção das ilegalidades do procedimento adjudicatório, malgrado as perturbações e prejuízos causados pela paralisação da execução dos contratos, visando proporcionar uma tutela assente na reconstituição in natura em detrimento de uma tutela meramente ressarcitória*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de concessão do estacionamento

- Decisão do Tribunal:
- *O efeito suspensivo impossibilita implementação da política de mobilidade urbana programada, com todas as vantagens que daí decorrem para os seus Municípios na organização e desenvolvimento duma cidade sustentável em todas as suas vertentes;*
- *Significa um atraso irreversível (por um período totalmente imprevisível e que se traduz no tempo que poderá demorar o desfecho da ação principal), na construção de novos equipamentos, na manutenção e reparação dos existentes, sem que com isso tenha qualquer custo, uma vez que o investimento (público) cabe ao concessionário;*
- *Inviabilizará um encaixe financeiro no curto prazo de 30 dias após a assinatura do contrato do valor de 3.250.000,00€ (três milhões, duzentos e cinquenta mil euros), e todas as possibilidades de investimento que o Município possa vir a fazer com este valor, não permitindo, também, que o Requerente comece a receber a renda trimestral da concessão,*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de concessão do estacionamento

- Decisão do Tribunal:
- *resultará um impacto (prejuízo) financeiro, no imediato, para o orçamento do Requerente;*
- *Não permitirá neutralizar os custos, as deficiências e a ineficácia da actual gestão e exploração dos parques e estacionamento pago.*
- *o interesse privado da Autora será, tão somente o de não ser ela a executar os serviços , o que constitui um risco próprio da actividade que exercem, que se encontra protegido, legalmente, através do direito indemnizatório que emergirá da procedência da ação.*

O efeito suspensivo automático: critério e decisões (casos práticos)

Adjudicação de concessão do estacionamento

- Decisão do Tribunal:
- *Considerando que esta situação em concreto, o deferimento dos atos de adjudicação e celebração de contrato por um período temporal de largos meses acarretaria desproporcionais prejuízos ao interesse público.*
- *Assim sendo, terá de concluir-se que as consequências negativas para o interesse público, inerentes aos atrasos, que levariam a perdas de encaixe financeiro quase imediato se fosse suspenso o procedimento e a execução, prevalecem no caso vertente sobre o interesse da autora, que nem tão pouco foi alegado.*

As medidas provisórias

Artigo 103.º-B

Adoção de medidas provisórias

1 - Nos processos que não tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação, pode ser requerida ao juiz a adoção de medidas provisórias, dirigidas a prevenir o risco de, no momento em que a sentença venha a ser produzida, se ter constituído uma situação de facto consumado ou já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário.

2 - No caso previsto no número anterior, o pedido da adoção de medidas provisórias é tramitado como um incidente, que corre termos nos autos do próprio processo declarativo, devendo a respetiva tramitação ser determinada, no respeito pelo contraditório, em função da complexidade e urgência do caso.

3 - Nas situações previstas nos números anteriores, a medida provisória é recusada quando os danos que resultariam da sua adoção se mostrem superiores aos que podem resultar da sua não adoção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adoção de outras medidas.

As medidas provisórias

- Processos que não tenham por objeto aa (se tiverem aplica-se só o efeito suspensivo automático, i.e., não se podem requerer medidas provisórias)
 - impugnação das peças conformadoras do procedimento
 - Impugnação de decisões de qualificação
- Exigência de um *periculum in mora* específico:
 - Constituição de uma situação de facto consumado
ou
 - já não será possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário

As medidas provisórias

- *Periculum in mora* específico:
 - Artigo 45.º-A/1/a: se, no âmbito de um procedimento pré-contratual for celebrado e executado o contrato, há lugar à modificação do objeto do processo:
 - ❑ Passa a existir uma situação de impossibilidade de satisfação da pretensão (de voltar ao procedimento e ser eventualmente novamente adjudicado)
 - ❑ O que o impugnante pode pretender é uma indemnização.
 - A medida provisória serve precisamente para evitar que o prosseguimento do procedimento (sua adjudicação, celebração e execução do contrato) conduza à impossibilidade de satisfação da pretensão

As medidas provisórias

- *Periculum in mora* específico:
 - O requerente da medida provisória tem que alegar que ficará nessa situação (de facto consumado ou de impossibilidade de o procedimento ser retomado)
 - O critério de decisão quanto à concessão da medida provisória não se relaciona com a gravidade dos danos:
 - *a medida provisória é recusada quando os danos que resultariam da sua adoção se mostrem superiores aos que podem resultar da sua não adoção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adoção de outras medidas.*

As medidas provisórias

- Exemplos de medidas provisórias:
 - Suspensão de eficácia do ato de qualificação (em concursos limitados por prévia qualificação)
 - Suspensão do procedimento de contratação (p.e., contrariando uma decisão de exclusão ou de não aceitação da motivação de um *self cleaning*)
 - Pedido de admissão (provisória) no âmbito do procedimento (p.e., contrariando uma decisão de não qualificação ou antecipando uma exclusão em virtude de critérios ou exigências do programa/C.E. que considere ilegais)

As medidas provisórias

- Tramitação:
 - É um incidente e, por isso, ao contrário de uma providência cautelar, não pode ser requerido previamente à entrada em juízo da ação (mas só depois)
 - É pedido durante o processo (mas não tem que ser logo na PI)

As medidas provisórias: a alteração prevista na Lei n.º 118/2019

Artigo 103.º-B

Adoção de medidas provisórias

1 - Nas ações de contencioso pré-contratual em que não se aplique ou tenha sido levantado o efeito suspensivo automático previsto no artigo anterior, o autor pode requerer ao juiz a adoção de medidas provisórias, destinadas a (...).

- **Alargamento do âmbito de aplicação:** passa a ser para todos os casos em que não haja efeito suspensivo automático
 - Passarão a incluir-se todos os casos de aa em que não se aplica o efeito suspensivo automático
 - i.e., procedimentos em que não se aplique o *standstill* e, notoriamente, todos os aa praticados em procedimentos sem publicidade internacional

As medidas provisórias: casos práticos

Empreitada de substituição da rede de distribuição de água

- **Contexto:** decisão de não qualificação em procedimento limitado de prévia qualificação
- **Impugnação:** ilegalidade dos requisitos mínimos de capacidade financeira
- **Medidas provisórias requeridas:** suspensão provisória do procedimento ou, em alternativa, a sua admissão provisória à fase de apresentação de propostas.

As medidas provisórias: casos práticos

Empreitada de substituição da rede de distribuição de água

- **Resposta da Entidade Adjudicante**
- Estava em causa o adiamento – por vários meses ou anos – uma obra absolutamente fundamental às populações servidas pela rede de distribuição de água.
- As autoras só se referem a *“feitos tendencialmente irreversíveis para as Autoras”*.
- As Autoras falham no essencial de qualquer pedido de adoção de medidas provisórias: na alegação e prova (nomeadamente documental) dos factos integrativos dos seus prejuízos, sem o que é impossível, julgar provada a (praticamente inexistente) alegação de prejuízos, o que, por si só, levaria à improcedência do pedido de adoção de medidas provisórias.
- Isto é, as Autoras não se preocuparam minimamente em traduzir financeiramente os prejuízos que invocam, nem em explicá-los minimamente, para que se percebesse o suposto perigo de lesão efetiva da sua esfera jurídica.

As medidas provisórias: casos práticos

Empreitada de substituição da rede de distribuição de água

- **Resposta da Entidade Adjudicante**
- *“os prejuízos que em abstrato se reportam ao facto de poder não ser o destinatário da adjudicação são invocáveis por qualquer um dos concorrentes vencidos, pelo que não bastam para fundar a pretensão cautelar de paralisação do procedimento, por passíveis de se confundir com a qualidade abstrata de não adjudicatário/preterido no concurso”* (cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 12.11/.009, proc. n.º 04446/08).
- *“o prejuízo associado ao dispêndio de meios e recursos com a elaboração e a apresentação da proposta e de ver gorada a possibilidade de beneficiar dos efeitos decorrentes da adjudicação e da celebração do contrato, em obter o respetivo lucro associado à relação jurídica contratual, em consequência do ato de adjudicação a favor de outra concorrente, consistem em prejuízos que são naturais a todos e quaisquer concorrentes que apresentaram proposta ao concurso, não sendo aptos a fazer pender em benefício da Requerente”* (cfr., novamente, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 20.02.2014, proc. n.º 10684/13).
- é necessário, então, que – além de haver algum tipo de demonstração concreta de efetivos prejuízos (e.g., uma eminente falência) – os prejuízos concretamente invocados não se limitem à circunstância de as Autoras não virem a beneficiar da utilidade económica resultante de uma hipotético participação na relação contratual.

As medidas provisórias: casos práticos

Empreitada de substituição da rede de distribuição de água

- **Resposta da Entidade Adjudicante**
- a falta do benefício decorrente da não celebração o contrato com a entidade adjudicante é já a atual situação das Autoras (que não foram admitidas sequer a apresentar proposta), não havendo, por esse motivo, qualquer lesão acrescida.
- a posição Autoras é igual à de qualquer dos outros concorrentes ao procedimento, o que torna o tal potencial prejuízo um prejuízo comum também àqueles concorrentes, retirando qualquer individualidade aos prejuízos que – muito parcamente – as Autoras alegam.
- os interesses públicos e privados em causa (de todos os Contrainteressados), estão muito longe de terem um valor semelhante, quanto mais de o interesse das Autoras ser superior ao interesse público.

As medidas provisórias: casos práticos

Empreitada de substituição da rede de distribuição de água

- **Decisão do Tribunal**
 - *Na pendência do processo ocorreu a adjudicação e a celebração do contrato.*
 - *Estamos, pois, perante uma impossibilidade de prosseguimento desta instância (incidental) o que determina a sua extinção, nos termos do art.º 277º, e) do CPC.*
 - *Em face do exposto, por impossibilidade de decretamento das medidas provisórias, julga-se extinto o incidente tendente à adoção de tais medidas.*

As medidas provisórias: casos práticos

Empreitadas de construção de ramais de acesso

- **Contexto:** decisão de não qualificação em procedimento limitado de prévia qualificação
- **Impugnação:** ilegalidade dos requisitos mínimos de capacidade financeira
- **Medidas provisórias requeridas:** suspensão provisória do procedimento ou, em alternativa, a sua admissão provisória à fase de apresentação de propostas.

As medidas provisórias: casos práticos

Empreitadas de construção de ramais de acesso

- **Decisão do Tribunal**
- *não se pode considerar o seu hipotético interesse contratual superior ao interesse público na realização da obra em questão. Isto porque, por um lado, o valor do concurso em apreço não é de molde a poder causar os invocados danos, pois a 1.ª Autora, é a primeira a referir que já realizou obras públicas no valor de dois milhões e meio de euros, orçando a que aqui está em apreço valor manifestamente inferior*
- *Aliás, nem se sabe se entretanto as Autoras não terão logrado alcançar a realização de outras obras.*
- *Assim como não se sabe se a respetiva mão-de-obra está ou não disponível, é excedente ou escassa.*
- *Também nada se sabe em concreto sobre como ficaria a sua situação financeira. Até porque, o concurso em apreço é apenas um de muitos a que as Autoras, com certeza, são opositoras; e, como tal, a sua atividade económica não está dependente da obra em apreço. Desta forma, não resulta demonstrado quais sejam os danos em concreto para as Autoras.*
- *Por seu turno, com uma eventual delonga processual, a obra em apreço ficaria por realizar, o que privaria as populações de ter acesso a uma condigna higiene e salubridade públicas; situações que, no caso concreto, se mostram superiores aos interesses económicos das Autoras.*



Obrigado,

Pedro Matias Pereira

p.pereira@telles.pt