



FCB&A

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Temas de Direito Administrativo

Curso de Especialização – CEJ

I. *Acções de contencioso pré-contratual*

- 1.** Contagem do prazo quando está em causa a impugnação das peças procedimentais (artigo 100.º/2 do CPTA)
- 2.** Impugnação de actos administrativos com fundamento em ilegalidades das peças procedimentais
- 3.** Caducidade da acção nos casos em que seja invocada a nulidade do acto impugnado (artigo 101.º do CPTA)

II. *Acções relativas a contratos*

- 4.** Caducidade da acção, em especial a contagem do prazo do artigo 41.º/2 do CPTA quando a acção seja proposta pelo Ministério Público

I. *Acções de contencioso pré-contratual*

1.1. Questão prévia:

Impugnação das peças procedimentais ≠ Impugnação de actos administrativos com fundamento em ilegalidades das peças procedimentais



- Causa de pedir: vícios próprios
- Pedido: anulação da norma
- Efeito: norma anulada (expurgada do ordenamento jurídico)



- Causa de pedir: vícios derivados (ilegalidade consequente)
- Pedido: anulação do acto
- Efeito: norma desaplicada no caso concreto (mas continua em vigor)

I. *Acções de contencioso pré-contratual*

1.2. Impugnação das peças procedimentais

1.2.1. Identificação das peças procedimentais (artigo 40.º do CCP):

- Programa do procedimento (excepto no ajuste directo)
- Caderno de encargos
- Convite à apresentação de propostas (excepto no concurso público)
- Convite à apresentação de soluções (só no diálogo concorrencial)
- Memória descritiva (só no diálogo concorrencial)
- Obs.: o Anúncio não é uma peça procedimental (referência ao artigo 132.º/6 do CCP)

I. *Acções de contencioso pré-contratual*

1.2. Impugnação das peças procedimentais

1.2.2. *Ratio* do regime previsto no artigo 100.º/2 do CPTA:

- Possibilidade de reacção contra actuações ilegais que revistam a forma de regulamento (artigo 2.º/1 b) da Directiva 89/665/CEE; crítica ao DL 134/98)
- Desnecessidade de recurso ao regime geral de impugnação de regulamentos previsto nos artigos 72.º a 77.º do CPTA

“No domínio específico a que se reporta, o nº 2 do artº 100º do CPTA tem o alcance de afastar o regime regra em matéria de impugnação de regulamentos (artº 73º nº 2 CPTA) sendo os interessados admitidos a recorrer aos tribunais, por antecipação, para prevenirem a prática de actos administrativos lesivos, em ordem a obter uma tutela jurisdicional mais rápida e efectiva do que aquela que apenas poderia resultar da utilização do tradicional meio, meramente reactivo, de impugnação dos actos lesivos”.
(Ac. TCA Sul de 03.05.2012, P.º 08655/12)

I. *Acções de contencioso pré-contratual*

1.2. Impugnação das peças procedimentais

1.2.3. Fundamentos para a impugnação das peças procedimentais (exemplos de alguns vícios frequentes):

- Requisitos de capacidade técnica ou financeira muito exigentes

“(…)

VI. Revela-se como desproporcionada a exigência feita no «PC» aos potenciais concorrentes dum volume de negócios mínimo de 15.000.000,00 € (nos últimos 3 anos) quando o contrato que se pretende vir a celebrar tem um valor estimado de cerca de 131.000,00 €.

VII. Tem-se, também, como violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, e bem assim do n.º 3 do art. 165.º do CCP, a consagração no concurso em apreço (prestação de serviço de vigilância/recepção), de um requisito mínimo de autonomia financeira igual ou superior a 0,35 quando a execução do contrato tem a duração de nove meses e um preço base de 131.000 €.

(…)”.

(Ac. TCA Norte de 25.03.2010, P.º 01257/09.7BEPRT)

I. **Acções de contencioso pré-contratual**

1.2. Impugnação das peças procedimentais

1.2.3. Fundamentos para a impugnação das peças procedimentais (exemplos de alguns vícios frequentes) (cont.):

- Especificações técnicas muito exigentes

“1 – A entidade adjudicante não pode escolher livremente as especificações técnicas do caderno de encargos, tem de respeitar as exigências do artº 49 do CCP.

2 – A determinação das dimensões de contentores por referência a medidas concretas, escolhidas pela entidade adjudicante, sem referência a nenhuma regra de normalização conhecida, nem por desempenho ou exigências funcionais, não cumpre com as exigências do artº 49.

3 – Não tendo nenhum dos concorrentes mostrado ter disponível um contentor com as medidas em causa (que, por coincidência, aparentemente, apenas existem num produto de uma empresa que não concorreu e, com as medidas exatas ao centímetro), a fixação de tais medidas, sem razão aparente que transpareça do processo administrativo junto aos autos, constitui manifesta violação do princípio da concorrência”.

(Ac. TCA Sul de 12.04.2012, P.º 08648/12)

I. *Acções de contencioso pré-contratual*

1.2. Impugnação das peças procedimentais

1.2.3. Fundamentos para a impugnação das peças procedimentais (exemplos de alguns vícios frequentes) (cont.):

- Fixação de prazos muito curtos para a apresentação de propostas

“(...) quando a Entidade Adjudicante desconsidere crassamente os parâmetros apontados pelo n.º 2 do artigo 63.º do CCP (...), será juridicamente seguro que a obrigação de abertura de um procedimento concorrencial não terá sido de facto cumprida, tendo o procedimento adoptado sido reduzido a um ajuste directo encapotado”.

(JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ)

I. **Acções de contencioso pré-contratual**

1.2. Impugnação das peças procedimentais

1.2.3. Fundamentos para a impugnação das peças procedimentais (exemplos de alguns vícios frequentes) (cont.):

- Utilização de modelos comparativos para a avaliação das propostas

“I – O n.º 4 do art. 139.º do Código dos Contratos Públicos proíbe que nos modelos de avaliação das propostas sejam utilizados quaisquer dados que dependam, directamente ou indirectamente, de atributos que não sejam apenas o de cada uma das propostas a avaliar, pretendendo-se obstar a que a avaliação de cada uma das propostas possa ser influenciada pelo conteúdo de qualquer outra proposta.

II – Viola o preceituado naquela norma uma regra do programa do concurso, relativa à avaliação do factor preço, nos termos da qual à proposta de preço mais baixo é forçosamente atribuída a pontuação de 30% e se calculam os valores a atribuir às restantes propostas com base numa proporcionalidade inversa”.

(Ac. STA de 19.10.2010, P.º 0652/10)

I. *Acções de contencioso pré-contratual*

1.2. Impugnação das peças procedimentais

1.2.4. Breve nota sobre a legitimidade activa e o interesse em agir:

- Eventuais problemas consoante o interessado em impugnar as peças procedimentais tenha ou não apresentado candidatura ou proposta no procedimento

“I. No âmbito de acção especial impugnatória, parte legítima é todo aquele que retire da anulação do acto impugnado um benefício concreto, não contrário à lei, que directa e imediatamente se reflecte na sua esfera jurídica pessoal;

II. Assiste legitimidade activa para pedir a declaração de nulidade do procedimento concursal, à pretensa concorrente que, após se ter documentado sobre o regulamento do respectivo concurso, e antes de terminada a fase de apresentação das propostas, pretende que sejam rectificadas ilegalidades desse regulamento, que, a ser cumprido tal qual está, lhe exigiriam a apresentação de proposta que considera inexecutável”.

(Ac. TCA Norte de 22.04.2010, P.º 00647/09.0BEAVR)

I. *Acções de contencioso pré-contratual*

1.2. Impugnação das peças procedimentais

1.2.5. O prazo para impugnação directa das peças procedimentais:

1.2.5.1. Posição dominante: prazo de um mês

- Ac. STA de 26.08.2009, P.º 0471/09
- Ac. TCA Sul de 23.03.2011, P.º 07056/10

1.2.5.2. Algumas críticas e sugestões doutrinárias

- Sujeição da impugnação de normas regulamentares a um prazo de impugnação é inconstitucional, por violação do artigo 112.º/5 da CRP (ANDRÉ SALGADO DE MATOS)
- As peças procedimentais poderiam eventualmente ser impugnadas até um mês após a data em que “a *ilegalidade (uma certa ilegalidade) do documento se tornou uma questão no procedimento*” ou, no limite, até um mês após a adjudicação, salvo fraude à lei (RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA)

I. Acções de contencioso pré-contratual

2. Impugnação de actos administrativos com fundamento em ilegalidades das peças procedimentais

2.1. A ilegalidade derivada como causa de invalidade dos actos administrativos

“O acto de adjudicação pode ser ilegal com base na ilegalidade de um qualquer acto anterior ou de uma ilegalidade normativa concursal (...)”.

(Ac. TCA Sul de 09.06.2011, P.º 07228/11)

2.2. Prazo para impugnação de actos administrativos no contencioso pré-contratual (*remissão*)

2.3. A *vexata quaestio* do prazo de impugnação com este fundamento: um mês após a publicitação das peças procedimentais ou da notificação do acto administrativo que as aplica?

I. ***Acções de contencioso pré-contratual***

2. Impugnação de actos administrativos com fundamento em ilegalidades das peças procedimentais

2.3.1. Tese mais “restritiva”: fundamentos

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

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

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

(Ac. STA de 27.01.2011, P.º 0850/10)

I. **Acções de contencioso pré-contratual**

2.3.1. Tese mais “restritiva”: fundamentos (cont.) ➡ Remissão

“1 – O que está fundamentalmente em causa na interpretação do artº 100.2 do CPTA é de um lado o direito ao acesso à justiça e do outro o interesse público em que os concursos sejam tramitados seguindo as regras legais e a boa-fé a que os concorrentes também estão obrigado perante a administração.

2 – Para se fazer a ponderação devem considerar-se três fatores: a intensidade da interferência, a importância do direito e a fiabilidade das assumpções.

3 – Considerando estes valores em causa, considerando a escassa interferência sofrida por cada um dos princípios pela prevalência do princípio oposto, dividindo os graus da interferência em três (fraco, médio e forte), diremos que o grau de interferência sofrido pelo primeiro será fraco e pelo segundos forte.

4 – Considerando o grau de importância dos princípios em causa, diremos que, atento o nosso ordenamento jurídico, o primeiro será forte e os segundos de grau médio.

5 – Considerando a fiabilidade das assumpções referidas, face ao que foi dito, devem ser classificadas de igual grau.

6 – Assim sendo, constitui nossa opinião que os segundos devem prevalecer sobre o primeiro, pelo que o artº 100.2. do CPTA terá carácter preclusivo”.

(Ac. TCA Sul de 29.03.2012, P.º 08271/11)

I. *Acções de contencioso pré-contratual*

2.3.2. Crítica da primeira corrente jurisprudencial. Adesão à tese oposta. Fundamentos

- O artigo 100.º/2 do CPTA só estabelece um prazo para a formulação do pedido de anulação da norma, não para a invocação dos seus vícios repercutidos em actos subsequentes (*vide* ponto 1.1. *supra*)
- O artigo 100.º/2 do CPTA institui uma faculdade, e não um ónus, seria preciso que a lei o dissesse expressamente para se entender o contrário
- A celeridade não justifica a preclusão do direito de impugnação, a urgência é uma característica do processo, não um encargo do interessado
- O legislador remete expressamente para os artigos 51.º/3 e 52.º/2 e 3 do CPTA
- A *ratio* da impugnação autónoma de normas é constituir um acréscimo de tutela, em cumprimento das “*Directivas recursos*”, e não uma limitação dos fundamentos invocáveis em sede de impugnação da adjudicação

I. *Acções de contencioso pré-contratual*

2.3.2. Crítica da primeira corrente jurisprudencial. Adesão à tese oposta. Fundamentos (cont.)

- A celeridade não é um valor absoluto (*vide* impugnação de actos nulos)
- A “*Directiva recursos*” visa a destruição dos efeitos dos actos ilegais, e não a sua mais rápida consolidação
- Sob um ponto de vista prático, a tese do Acórdão do STA de 27.01.2011 pode ser contraproducente (congestionamento dos Tribunais Administrativos)
- Não se aplica aqui a figura da “aceitação” das peças (e, se esta fosse aplicável, ainda assim a questão nunca seria de caducidade do direito de acção)
- A tese do Acórdão do STA de 27.01.2011 é ainda pouco coerente com o artigo 51.º do CCP
- Além de a ilegalidade das peças procedimentais poder ser conhecida incidentalmente, em sede de responsabilidade civil, em alguns casos pode ainda ser conhecida a título principal (visto que o caderno de encargos é parte integrante do contrato)

I. Acções de contencioso pré-contratual

3. Caducidade do direito de acção nos casos em que seja invocada a nulidade do acto impugnado (artigo 101.º do CPTA)

3.1. Colocação da questão

3.2. Posição dominante: prazo de um mês

- Acs. STA de 12.12.2006, P.º 0528/06, e de 06.02.2007, P.º 0528/06

- Ac. TCA Sul de 12.01.2012, P.º 08300/11

- MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA; ISABEL CELESTE FONSECA

- O artigo 283.º/1 do CCP parece corroborar esta interpretação (RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA)

I. *Acções de contencioso pré-contratual*

3. Caducidade do direito de acção nos casos em que seja invocada a nulidade do acto impugnado (artigo 101.º do CPTA)

3.3. Problemas de compatibilização entre o regime substantivo e o regime processual da nulidade

- Dúvidas quanto à bondade da posição dominante:

- Solução justificada em função da urgência? A tutela da urgência é melhor assegurada através de outras vias (ADOLFO MESQUITA NUNES; também PEDRO GONÇALVES)
- Como conciliar o regime da nulidade (= inaptidão intrínseca para produzir efeitos) com a preclusão do direito de acção ao fim de determinado prazo?
- Solução coerente face à gravidade dos vícios e à dignidade dos bens que a sanção da nulidade visa proteger?
- Perigos associados: *maxime*, a corrupção (PEDRO GONÇALVES, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA)

I. *Acções de contencioso pré-contratual*

3. Caducidade do direito de acção nos casos em que seja invocada a nulidade do acto impugnado (artigo 101.º do CPTA)

3.4. Conclusão: necessidade de repensar o regime legal

- Necessidade de clarificação legislativa (PEDRO GONÇALVES, ANA CELESTE CARVALHO)
- Eventual previsão de maior flexibilidade do prazo nos casos em que o vício que gera a nulidade não seja evidente: um mês após o conhecimento do motivo invalidante (RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA)

II. *Acções relativas a contratos*

4. Caducidade da acção, em especial a contagem do prazo do artigo 41.º do CPTA quando a acção seja proposta pelo Ministério Público

4.1. A (difícil) distinção entre invalidade própria e invalidade derivada. Consequências ao nível processual

Ex: as ilegalidades do caderno de encargos são simultaneamente vícios das peças procedimentais e do contrato (RAQUEL CARVALHO)

4.2. Fixação de um prazo para a impugnação de contratos no contexto da acção administrativa comum

- Inovação do CPTA face ao regime anterior, que previa que as acções sobre contratos podiam ser propostas “*a todo o tempo*” (artigos 829.º do Código Administrativo e 71.º/1 da LPTA)

II. *Acções relativas a contratos*

4. Caducidade da acção, em especial a contagem do prazo do artigo 41.º do CPTA quando a acção seja proposta pelo Ministério Público

4.2. Fixação de um prazo para a impugnação de contratos no contexto da acção administrativa comum (cont.)

- Única norma do CPTA que estabelece um prazo para acções administrativas comuns



Se esta norma não existisse, os prazos para impugnação seriam:

- Três meses para os contratos com objecto passível de acto administrativo
 - Um ano para os demais contratos
- Prazo não aplicável no caso de nulidade dos contratos (só se refere aos “*pedidos de anulação*”, e não aos pedidos de declaração de nulidade)

II. *Acções relativas a contratos*

4. Caducidade da acção, em especial a contagem do prazo do artigo 41.º do CPTA quando a acção seja proposta pelo Ministério Público

4.2. Fixação de um prazo para a impugnação de contratos no contexto da acção administrativa comum (cont.)

- Visa assegurar a estabilidade das relações jurídicas instituídas através do contrato (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA)

- Críticas:


- Prazo “*curtíssimo*”, quase a sugerir que se “*pretende, a todo o custo, fugir ao controlo dos tribunais*” (JOÃO PACHECO DE AMORIM)
- Os terceiros podem só vir a ter conhecimento do contrato muitos anos após a sua celebração, tendo o prazo ao seu dispor, para intentar a acção de anulação do contrato o que prejudica a estabilidade da relação contratual (MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA)

II. *Acções relativas a contratos*

4. Caducidade da acção, em especial a contagem do prazo do artigo 41.º do CPTA quando a acção seja proposta pelo Ministério Público

4.3. Momento do início do prazo consoante o impugnante seja uma das partes, um terceiro ou o Ministério Público

- Partes: seis meses a contar da data da celebração do contrato
- Terceiros: seis meses a contar do conhecimento do clausulado do contrato (ou da data da celebração do contrato: ver ponto 4.4. *infra*)
- Ministério Público: parece dever equiparar-se a um terceiro

 Nas acções relativas à perda de mandato de titulares de cargos políticos por falta de apresentação da declaração de rendimentos ao Tribunal Constitucional, a jurisprudência tem entendido que o prazo de 20 dias previsto no artigo 11.º/3 da Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto, se inicia com o envio da certidão lavrada pelo Tribunal Constitucional.
(Ac. TCA Norte de 08.03.2007, P.º 00110/06.0BEBRG, Ac. STA de 20.12.2007, P.º 0908/07, e Acs. TCA Sul de 05.11.2009, P.º 05576/09, e de 29.03.2012, P.º 08673/12)

II. *Acções relativas a contratos*

4. Caducidade da acção, em especial a contagem do prazo do artigo 41.º do CPTA quando a acção seja proposta pelo Ministério Público

- Distinção entre ilegalidade originária e ilegalidade superveniente

Ilegalidade originária

≠

Ilegalidade superveniente



- Prazo inicia-se na data da celebração ou do conhecimento do contrato



- Prazo inicia-se na data da alteração contratual ou da entrada em vigor da lei que torne inválido o contrato ou alguma das suas cláusulas

II. *Acções relativas a contratos*

4. Caducidade da acção, em especial a contagem do prazo do artigo 41.º do CPTA quando a acção seja proposta pelo Ministério Público

4.4. Exigência de uma conexão entre o clausulado do contrato e a ilegalidade invocada



Só quando a ilegalidade invocada resulta do clausulado é que faz sentido fazer o início do prazo do conhecimento daquele (clausulado); nos casos previstos no artigo 40.º/1 c) e d) do CPTA, por exemplo, o que importa é a celebração do contrato, e não o concreto teor das respectivas cláusulas

4.5. Relevância da qualificação do contrato impugnado como administrativo ou de direito privado:

- O regime de invalidade previsto nos artigos 283.º a 285.º do CCP
- O regime de invalidade previsto nos artigos 285.º a 294.º do CC

II. *Acções relativas a contratos*

4. Caducidade da acção, em especial a contagem do prazo do artigo 41.º do CPTA quando a acção seja proposta pelo Ministério Público

- Outros regimes de invalidade. Em especial:

“São nulos os contratos relativos a obras, bens móveis e serviços celebrados em violação do disposto no n.º 4 [aquisição centralizada pelas entidades compradoras vinculadas no âmbito do Sistema Nacional de Compras Públicas], sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, civil e financeira que ao caso couber, nos termos gerais de direito”.

(artigo 5.º/6 do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro)

“Os sistemas de contabilidade de suporte à execução do orçamento emitem um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda, ou documento equivalente, e sem o qual o contrato ou a obrigação subjacente em causa são, para todos os efeitos, nulos”.

(artigo 5.º/3 da Lei n.º 8/2012, de 21 de Fevereiro)

F. Castelo Branco & Associados

Sociedade de Advogados, R.L.

Avenida da Liberdade, n.º 249.º, 1.º
1250-143 Lisboa

Telefone: +351 21 358 75 00

Fax: +351 21 358 75 01

E-mail: fcbranco@fcblegal.com

