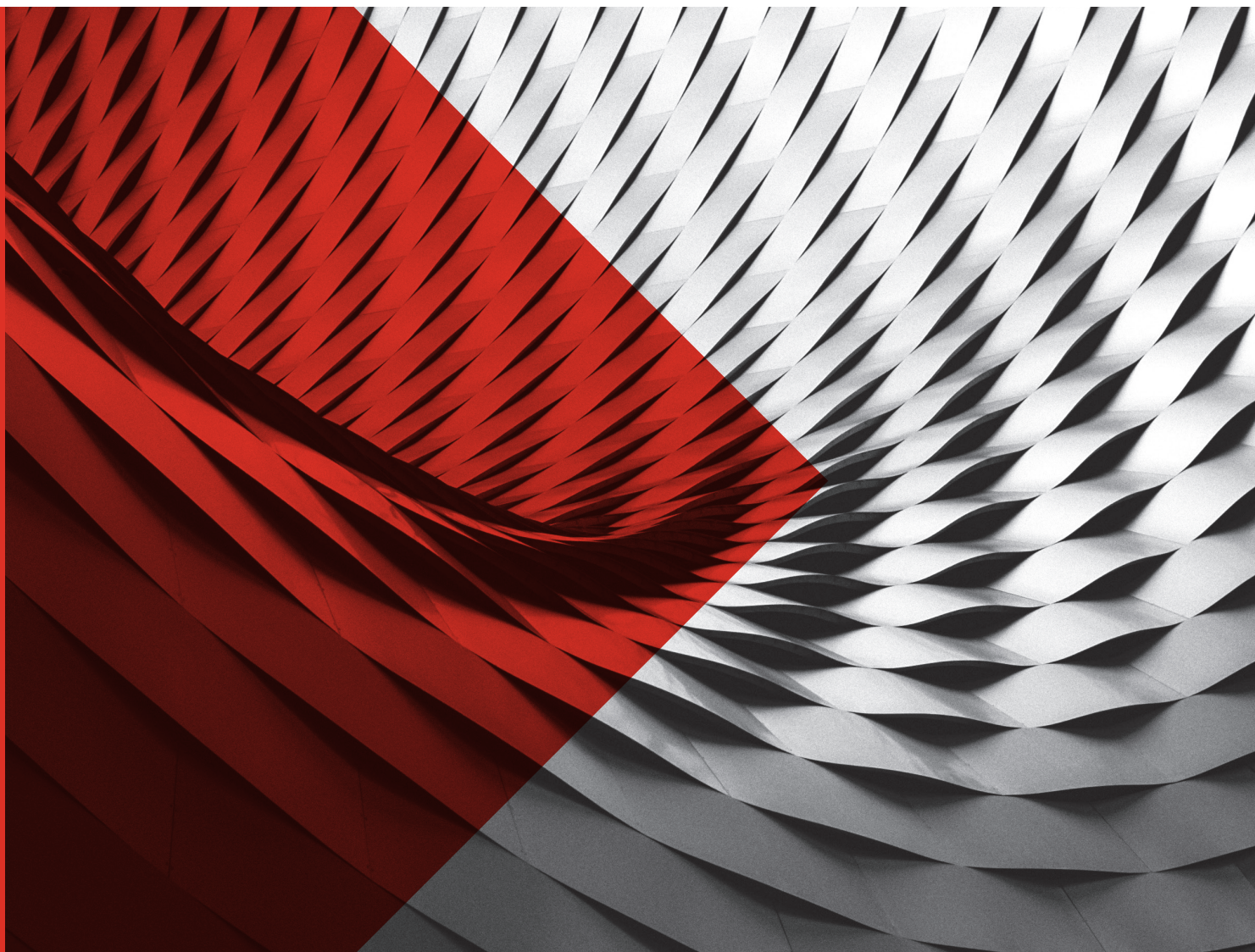


A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA RELATIVA A CONCURSOS

SUZANA TAVARES DA SILVA



A responsabilidade administrativa relativa a concursos

Suzana Tavares da Silva

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Delimitação do âmbito da questão

O **concurso** constitui um tipo de procedimento especialmente regulado que antecede uma **decisão administrativa**, em regra a celebração de um contrato (embora hoje esteja também divulgado nos procedimentos que antecedem a emissão de um acto administrativo¹), e cujas finalidades essenciais são a **identificação dos interessados** e a **escolha de um entre eles**, designadamente, daquele que se apresentar como o mais adequado (concorrente e proposta), ou seja, daquele que der melhores garantias de **concretização do resultado** pretendido.

Uma noção de concurso que se ajusta, quer a um concurso para a celebração de um contrato de aquisição de bens e/ou serviços, quer para a celebração de um contrato em funções públicas, quer para a atribuição de uma subvenção a um projecto de investigação, quer ainda para a outorga de uma licença ou autorização para o exercício de uma actividade regulada em regime de exclusivo. Neste contexto, parece-nos correcto concluir que o concurso constitui um instrumento especialmente ajustado ao **modelo de administração**

¹ Cf. art. 21º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, no qual se estabelece que estão sujeitas a um procedimento de concurso as licenças para extracção de inertes em margens e leitos conexos com águas públicas em volume superior a 500 m³; a ocupação do domínio público hídrico, salvo nos casos de rejeição de águas residuais, de recarga e injeção artificial em águas subterrâneas ou ainda de usos dominiais com um prazo igual ou inferior a um ano; e a instalação de apoios de praia nos terrenos do domínio público.

de resultados, o que corrobora as teses actuais de revitalização do procedimento como elemento essencial do agir administrativo, orientado para as exigências do *princípio da boa administração* no direito (administrativo) em rede².

Já a responsabilidade é uma das fontes das obrigações – gera a **obrigação de indemnizar** – e no caso do Estado, à semelhança do que se verifica na responsabilidade civil em geral, a reconstituição *in natura* apresenta-se como a regra geral perante a solução subsidiária da reconstituição através da atribuição de um valor pecuniário, como, de resto, resulta expressamente da letra da lei:

*“quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na presente lei, deve **reconstituir a situação** que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”* (art. 3º/1 do RRCEE).

Assim, a **responsabilidade administrativa relativa a concursos** há-de compreender, em regra, as situações em que uma entidade pública, ou um sujeito privado ao qual seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado, esteja obrigado a reparar um dano, ocasionado na esfera jurídica de um interessado num concurso, ou seja, de alguém que se apresenta ou que tem um interesse legítimo em apresentar-se a um concurso³. Uma reparação que naturalmente deve consistir na *repetição* do procedimento concursal.

E as duas **notas típicas** que sobressaem na responsabilidade relativa a concurso são 1) por um lado, a **inoperatividade da reconstituição natural** quando inexistiam meios processuais adequados para “parar” o concurso (ou, a existirem, os mesmo não sejam correctamente utilizados) e por essa razão venham a ser praticados actos consequentes cuja anulação se revele,

² Os autores tratam esta realidade – o *direito (administrativo) em rede* – sob diferentes perspectivas, seja no âmbito da *actividade administrativa transnacional* – Cf. KMENT, *Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010 –, seja no domínio da cooperação leal no esquema do direito administrativo europeu – veja-se as referências em SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010 –, seja no domínio da relação entre autoridades administrativas e privados – FRANZIUS, *Gewährleistung im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

³ Segundo a nomenclatura do Código dos Contratos Públicos (CCP), distingue-se entre *candidato* (aquele que tem um interesse legítimo no concurso) e *concorrente* (aquele que se apresenta a um concurso).

posteriormente, ineficiente; 2) e, por outro lado, a **limitação do dever de indemnizar alguns danos emergentes das vicissitudes de um concurso**, o que corresponde, em alguma medida, ao facto de uma parte desses eventuais danos dever ser reconduzida ao *risco próprio da emergência de uma função administrativa menos autoritária e mais cooperativa*. Esta segunda nota resulta de o concurso constituir hoje, em certos casos, um instrumento inerente ao próprio exercício do núcleo essencial da actividade administrativa, transcendendo a visão mais tradicional de um instrumento de escolha de colaboradores privados para a execução de tarefas ou para a produção de bens públicos, ou ainda para o fornecimento de bens e serviços a entidades públicas. É esta a abordagem que escolhemos para a nossa reflexão.

Poderá ainda equacionar-se se a responsabilidade relativa a concursos não deveria abranger também os casos em que um **concorrente cause um prejuízo ao interesse público**⁴ em decorrência da sua participação no concurso, quando a sua apresentação àquele tenha como móbil impedir ou neutralizar a concretização do resultado visado com a abertura do mesmo. No fundo, a questão que colocamos é a de saber se o regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas não deveria consagrar também um processo para as entidades promotoras de um concurso demandarem os concorrentes que utilizem esses procedimentos de co-administração com a finalidade impedir a produção de um resultado de interesse geral⁵. Se nos localizarmos no modelo de administração de resultados,

⁴ Relativamente aos danos que esse terceiro cause na esfera jurídica dos outros concorrentes a questão poderá vir a enquadrar-se no âmbito da responsabilidade pelo risco, mais especificamente no art. 11º/2 do RRCEE, bastará para o efeito que se considere que hoje o domínio concursal se configura como uma “actividade especialmente perigosa”, no sentido de ser tecnicamente complexa e com isso apta a gerar prejuízos aos concorrentes caso se venha a registar um “incumprimento de deveres de cuidado” por parte da entidade promotora do concurso, permitindo que um terceiro manipule os respectivos termos.

⁵ Tratar-se-ia, no fundo, de conceber, em alternativa a um regime sancionatório, um regime de indemnização de danos causados ao interesse público pela conduta dolosa de um concorrente, obrigando-o a reparar os prejuízos causados aos outros concorrentes e ao interesse público, baseado na compreensão da relação administrativa nas áreas de cooperação como uma relação de co-execução de tarefas públicas ou de co-administração na qual os concorrentes não se

onde a nota organizatória de uma estrutura administrativa tende a ser substituída por uma nota funcional esta questão terá, por certo, especial interesse, mas dela não cuidaremos nesta sede.

2. O dever de indemnizar pela entidade promotora do concurso decorrente da prática de um acto ilícito

Começemos pelos casos mais paradigmáticos: quando **a entidade promotora do concurso incorre no dever de indemnizar em resultado da prática de um acto ilícito**. Um ilícito que pode resultar da violação de uma regra procedimental (ex. desrespeito pelos prazos legais ou regulamentares para a apresentação das propostas) ou de um princípio fundamental ou legal.

Nestes casos, a entidade que promove o concurso incorre em **responsabilidade por facto ilícito**, que será exclusiva, a não ser que o lesado prove que a conduta ilícita foi cometida com dolo ou culpa grave, caso em que poderá demandar também os titulares do órgão, os funcionários e/ou os agentes (cf. arts. 7º/1, 8º/1/2 e 10º/2 do RRCEE).

É certo que maioritariamente os casos serão de **responsabilidade objectiva**, em resultado de não ser possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão ilícita (art. 7º/3 do RRCEE), o que se deve em regra à intervenção de vários sujeitos e até de diferentes órgãos na preparação dos concursos e dos documentos que lhes servem de base (programa, aviso de abertura, caderno de encargos, etc.), ou até à **informatização dos procedimentos**, que leva os sujeitos da Administração a “perder o poder de direcção” sobre aqueles⁶ (um problema informático pode significar a perda de possibilidade de um concorrente fazer

relacionam com o Estado (poder executivo) mas também com os restantes cidadãos enquanto destinatários da medida que resulte do procedimento concursal.

⁶ Assim, BRITZ «Elektronische Verwaltung», *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, Beck, München, 2008, pp. 445.

chegar a sua proposta dentro do prazo, ou de aceder a informação relevante para construir a sua proposta ou até a resposta a um projecto de decisão negativa relativamente às suas pretensões)⁷.

Mas o que mais nos interessa nesta sede é sobretudo analisar dois problemas: em primeiro lugar saber se a mudança do paradigma económico e do agir administrativo acarretam ou não uma nova compreensão do ilícito; e, em segundo lugar, questionar se o uso massivo do concurso, imposto pelo novo modelo de administração, não há-de determinar, como contraponto, a necessidade de instituir elementos-travão ao dever de indemnizar, ajustando este instituto ao *risco típico de um modelo de Administração reguladora e de resultados*.

Concentremo-nos, primeiramente, no alargamento das situações de ilícito decorrentes da violação de alguns princípios fundamentais que hoje densificam o direito a uma “boa administração”.

2.1 O princípio da imparcialidade

O princípio informador que mais se destaca nos procedimentos concursais é o *princípio da imparcialidade*, que entre nós tem não só consagração legal expressa no art. 6º do CPA, mas também constitucional, no art. 266º/2 da CRP.

Sobre ele já a nossa doutrina se debruçou, concluindo que a sua elevação a princípio constitucional não impedia que o mesmo fosse entendido, essencialmente, como um **parâmetro de actuação para a “actividade administrativa executiva, funcionalmente vinculada às decisões políticas”**, reclamando especiais cautelas a sua possível utilização como

⁷ Nos casos de responsabilidade emergente de actos informáticos é possível que o tribunal acabe por *convolar* os pedidos de responsabilidade por facto ilícito em responsabilidade pelo risco. Sobre a possibilidade e os termos desta convolação v. CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas anotado*, Coimbra Editora, 2008, pp. 176 e 189ss.

“desbloqueamento jurídico-legal”, de forma a evitar que o mesmo pudesse transformar-se numa “ponte que nos conduziria de um Estado de Direito Legal para um Estado (de Direito) dos Juízes”⁸. E quanto às suas **refracções na metódica procedimental da formação da decisão administrativa no modelo de Administração de base executiva**, pondo em evidência a isenção dos sujeitos que integram a entidade decisora, a relevância da escolha dos factores de ponderação, a relevância do juízo de ponderação propriamente dito, também já se escreveu entre nós o suficiente para se densificar a respectiva relevância⁹. Quer isto significar, portanto, que por explorar está hoje sobretudo a questão da **imparcialidade na procedimentalização de “decisões administrativas de primeiro grau”**. Referimo-nos à problemática formulada por *Schmidt-Assmann* quanto à *“imparcialidade como pressuposto da decisão instável”* nas novas áreas que reclamam um poder conformador da Administração sem se reconduzirem ao exercício típico do poder discricionário¹⁰, e de entre as quais o autor destaca o planeamento, a regulação e o risco¹¹.

Ora, no domínio dos concursos, uma vez que estamos perante actuações administrativas conformadas em lei ou em regulamento prévio, tenderemos a desvalorizar esta última hipótese e a reconduzir as possibilidades de ilicitude apenas à violação de regras pré-determinadas (ex. a integração de um júri por

⁸ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, «A imparcialidade da Administração como princípio constitucional», *BFDUC*, 1974, pp. 5ss. Esta compreensão do princípio mantém a sua inteira validade hoje no âmbito em que o autor o localiza – o da administração executiva – e estende-se também aos casos em que a tarefa de execução é confiada a entidades privadas, como acrescentam WOLFF / BACHOF / STOBER / KLUTH, *Verwaltungsrecht I*, 12.^a ed., Beck, München, 2007, pp. 756.

⁹ Cf. DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma convertização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, Coimbra, 1996 e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios gerais da contratação pública», *Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 2008, pp. 95-100.

¹⁰ Também a doutrina germânica mais conservadora, que sempre optou por separar o domínio típico da *discrionariedade* da actividade administrativa de planeamento e de conformação, inclui hoje neste último domínio não só a “actividade administrativa acessória da tarefa legislativa” e as actuações informais, mas também as actividades que a Administração desenvolve no fomento de actividades económicas, na promoção e planificação estratégica e na escolha de formas de auto-organização – v. WOLFF / BACHOF / STOBER / KLUTH, *Verwaltungsrecht I*, 12.^a ed., Beck, München, 2007, pp. 329ss.

¹¹ SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2^a ed., Springer, 2006, pp. 370.

um membro legalmente impedido ou a limitação do concurso a concorrentes nacionais)¹² ou, quanto muito, à viciação da decisão de escolha decorrente de uma deficiente ponderação dos factores, esta última nem sempre fácil de provar em juízo.

Mas a prática mais recente, e sobretudo a influência do direito europeu e internacional, vieram demonstrar que esta interpretação restritiva da preponderância do princípio da imparcialidade no procedimento concursal ligado à manutenção de uma posição neutral face à pré-decisão política impulsionadora do concurso exige hoje uma complementação com novas dimensões decorrentes da metódica principiológica que preside à *actividade directiva e dialógica da Administração*.

Assim, as novas manifestações do princípio da imparcialidade surgem, em primeiro lugar, da *subordinação a regras extra-estaduais das entidades nacionais que promovem o procedimento concursal*, quer se trate de normas do GATT, quer de dimensões expressas concretizadoras do princípio da boa administração previsto no art. 41º da Carta de Direitos Fundamentais na União Europeia. Uma interligação jusnormativa da qual resulta não só *maior regulamentação*, mas ainda *novos elementos de ponderação*, restringindo-se por esta via a liberdade de conformação e de decisão do promotor do concurso.

Referimo-nos, por exemplo, à *proibição de modificação dos parâmetros que presidem à formação da decisão depois de iniciado o procedimento* (excepto se o concurso constituir, em si, um instrumento para determinar os parâmetros da decisão – ex. esquemas de diálogo concorrencial previstos no art. 30º do CCP) ou à *necessidade de consultar e cooperar com entidades de outros Estados para garantir a fidedignidade de alguns factores de ponderação* (ex. uma entidade promotora de um concurso terá o *dever* de “dialogar” com uma entidade administrativa de outro Estado sempre que um concorrente suscite o problema da invalidade de

¹² Para alguns, seguindo os postulados clássicos, o princípio da imparcialidade funcionaria essencialmente como elemento legitimador das regras legais restritivas da liberdade de formação da decisão administrativa – T. MELO RIBEIRO, *O princípio da imparcialidade da administração pública*, Almedina, Coimbra, 1996.

algum documento que acompanha uma proposta apresentada por um concorrente estrangeiro). Alarga-se, portanto, o leque da ilicitude do promotor do concurso com fundamento em violação do princípio da imparcialidade. Grande parte destas regras tem hoje consagração legal expressa entre nós no CCP, o qual, é bom recordar, internaliza no ordenamento jurídico nacional regras e princípios europeus, alguns de influência internacional.

Já a identificação dos casos de ilicitude por violação da *“imparcialidade como pressuposto da decisão instável”* constitui uma tarefa bem mais complicada, sobretudo porque estes procedimentos são muitas vezes orientados para a escolha de um conteúdo para a decisão administrativa (o procedimento destina-se a gerar o conhecimento¹³) e não de uma proposta ou de um concorrente para dar satisfação a um conteúdo pré-determinado, o que torna especialmente difícil o controlo da actividade desenvolvida pelos agentes da decisão no procedimento. Acresce também que em muitos destes procedimentos, sobretudo no domínio do risco e do ambiente, acaba muitas vezes por se ponderar apenas uma proposta concreta, afastando-se o concurso como elemento de escolha.

É isto que se passa hoje, por exemplo, no *procedimento de avaliação de impacte ambiental*, que corre, inicialmente, como um procedimento paralelo ao procedimento de licenciamento de projectos com impactes ambientais, acompanhando-os desde a fase de concepção (emissão de uma declaração de impacte ambiental – a DIA) até à fase da execução ou pós-avaliação (emissão do relatório descritivo da conformidade do projecto de execução com a DIA – o RECAPE), e que se prolonga depois do licenciamento através das fases de monitorização e fiscalização, nas quais podem ser impostas ao proponente novas medidas ou ajustamentos.

¹³ A designação deve-se a *Wollenschläger* como refere RÖHL, «Ausgewählte Verwaltungsverfahren», *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, Beck, München, 2008, pp. 705.

Todavia, a evolução próxima, mais ajustada ao *modelo de administração em rede*¹⁴, é no sentido contrário, visando a **utilização dos concursos como instrumento de promoção do conhecimento mais actualizado**. É o que acontece, por exemplo, nos *fóruns de intercâmbio de informações sobre substâncias (FIIS)*, previstos no REACH¹⁵, onde participam todos os potenciais registantes, utilizadores a jusante e terceiros que tenham apresentado à Agência informações sobre uma mesma substância de integração progressiva, e cujo objectivo é facilitar o intercâmbio das informações para efeitos de registo, evitando a duplicação de estudos, bem como chegar a acordo quanto à classificação e rotulagem, sempre que existam divergências de classificação entre os potenciais registantes. Este exemplo mostra bem a dificuldade das autoridades em adoptar decisões no domínio do risco¹⁶, optando, nessa medida, por procedimentos participados, onde todos os interessados concorrem, carregando o saber de que dispõem, cabendo ao direito público *regular* aspectos como a partilha de custos para a obtenção da informação (quando um interessado partilha um estudo científico, os outros participantes no fórum são obrigados a suportar uma parte dos custos), a metódica da decisão (em regra procura-se obter um acordo, mas, em última instância, pode adopta-se o procedimento de comité) e a gestão da própria confidencialidade. E não deixa de ser interessante sublinhar que a “escolha” da solução se faz neste procedimentos através de uma espécie de concurso entre os interesses contraditórios.

¹⁴ VESTING refere precisamente a importância do procedimento neste novo modelo de administração cooperativa, designadamente as suas capacidades na construção de uma rede que serve de base ao conhecimento, in «Information und Kommunikation», *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, Beck, München, 2008, pp. 30.

¹⁵ Cf. art. 29º do Regulamento n.º 1907/2006, de 18 de Dezembro.

¹⁶ Uma característica que é também comum na *área da regulação*, o que explica, por exemplo, a instituição de procedimentos em rede pelo *Bundesnetzagentur* para apreensão e divulgação das melhores práticas em matéria de regulação pró-concorrencial (§112ºa/2 da EnWG) ou mesmo o procedimento de consulta promovido por aquelas entidades para determinar as medidas de regulação no mercado das telecomunicações (§12º TKG) – cf. BROEMEL, *Strategisches Verhalten in der Regulierung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 216 e 270.

Ora, é precisamente no controlo destes *aspectos acessórios da decisão* (cujo núcleo é em parte condicionado pela ciência) que o princípio da imparcialidade se torna operativo, mostrando a sua importância na parte da decisão respeitante à *gestão do risco*, ou seja, uma vez internalizado o contributo da ciência que dá a informação sobre as vantagens e as desvantagens dos resultados, é necessário mobilizar o poder público para a decisão, e nesta fase é fulcral garantir a separação entre os interesses concorrentes (incluindo o interesse científico) e a ponderação jurídica.

2.2. Os princípios da publicidade, da transparência e da participação

Embora o conteúdo de cada um destes princípios seja autonomizável – o *princípio da publicidade* impõe a divulgação da abertura do concurso de forma adequada para que todos os interessados se possam apresentar a ele; o *princípio da transparência* reporta-se à necessidade de garantir o acesso dos interessados à informação (um valor essencial no modelo de “Administração cooperativa”, onde existe uma clara interdependência entre a actuação administrativa e os elementos trazidos pelos interessados¹⁷), bem como à obrigação de fundamentação expressa das decisões administrativas; e o *princípio da participação* abrange, quer o direito geral a ser ouvido no contexto de uma leal cooperação entre os interessados, os concorrentes e a entidade promotora do concurso, quer o direito de qualquer concorrente a ser ouvido antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que o afecte desfavoravelmente – optámos pelo seu tratamento conjunto, com o propósito de destacar a sua relevância conjunta na análise da conformidade jurídica dos concursos na *administração de resultados*.

¹⁷ Aspecto salientado por GUSY, «Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger», *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, Beck, München, 2008, pp. 230.

A divulgação deficiente da abertura do concurso, a violação das regras da transparência¹⁸ ou a não audição de um dos concorrentes antes de uma decisão desfavorável são fundamentos suficientes para não só gerar a licitude do concurso, como ainda o dever de indemnizar por parte da entidade que promove o concurso, uma vez que ao serem respeitadas a regras de um *fair procedure* fica comprometida a validade substancial da decisão alcançada, impondo-se uma repetição do procedimento.

A violação do *princípio da transparência* deve, contudo, ser interpretada com alguma parcimónia, de forma a garantir o respeito pela confidencialidade de dados economicamente sensíveis. Esta é, de resto, uma questão que se coloca com especial acuidade no domínio da regulação, o que leva à construção de “processos *“in camera”*”¹⁹, cujo objectivo é garantir o segredo da empresa através da imposição do dever de sigilo a todos os intervenientes no processo, quer na fase procedimental junto a autoridade reguladora, quer na fase judicial²⁰.

Em nosso entender, quando estes princípios (qualquer deles) são desrespeitados no âmbito de um *procedimento concursal que se destine a gerar conhecimento*, essa violação afecta não apenas os aspectos formais da decisão, como atinge também a própria substância daquela, pondo em crise os efeitos que tradicionalmente se atribuem à não impugnação atempada da decisão administrativa, designadamente a inopugnabilidade da mesma. Com efeito, tratando-se de um procedimento que se destina a gerar conhecimento é usual que as respectivas decisões tenham um carácter incerto, o que significa que dificilmente se estabilizam na ordem jurídica, pelo que de pouco vale agitar o *princípio da segurança jurídica* e o instituto do *caso decidido*, para legitimar uma

¹⁸ Veja-se a este propósito o Ac. 128/2008, do Tribunal de Contas, onde se pode ler que «no que toca à falta de fundamentação do Relatório de Análise das Propostas, uma vez que tal omissão não permite aferir do acerto da pontuação atribuída ao factor do critério de adjudicação “Valia Técnica da Proposta”, isso pode permitir, ou originar, a possibilidade de “afeiçãoamento” da ordenação/classificação das propostas», o que determinou a recusa de visto com fundamento da *violação do princípio da transparência* (art. 8º/3 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho), uma vez que esta situação era apta a gerar uma alteração do resultado financeiro do contrato.

¹⁹ Cf. Lei das Telecomunicações Alemã (§ 138º TKG)

²⁰ Cf. SCHOCH, «Gerichtliche Verwaltungskontrollen», *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, Beck, München, 2009, pp. 834, 835

“causa legítima” de não repetição do procedimento concursal. Acresce ainda que sendo o seu objectivo alcançar a melhor decisão em face dos conhecimentos que os interessados carregam para o procedimento, também não fará sentido chamar à colação o *princípio da protecção da confiança* para afirmar a necessidade de respeitar a constituição de um interesse legítimo na manutenção do acto.

Assim, em nosso entender, a violação destes princípios no âmbito de concursos que se destinem a gerar conhecimento deve ser sancionada com a *mulitude*, o que permite fazer uma interpretação dos limites à estabilização da decisão em termos mais adequados aos fins que o procedimento concursal em questão prossegue.

2.3. O princípio da eficiência

Uma das funções tradicionalmente reconhecida ao procedimento administrativo em geral é precisamente a garantia da eficiência das actuações administrativas²¹. Nesta acepção, a *eficiência* correspondia no essencial à emanção de decisões que conseguissem promover a ponderação de todos os interesses (privados e geral) em presença em tempo cômputo.

Todavia, a mudança de paradigma económico para uma economia de mercado e a mudança de paradigma administrativo para uma administração de base reguladora em substituição do modelo de Administração de base executiva, sobretudo nas áreas económicas, ditou um *novo sentido para o princípio da eficiência*²², passando a exigir-se à Administração que através do procedimento consiga identificar a solução *mais eficiente* para o interesse geral.

Na verdade, o princípio da eficiência mostra-se especialmente denso no domínio dos *procedimentos concursais da contratação pública*, impondo, por exemplo, à entidade decisora a adopção de *métodos de comparabilidade das*

²¹ Cf. WOLFF / BACHOF / STOBER / KLUTH, *Verwaltungsrecht I...*, pp. 746.

²² Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, «O princípio (fundamental) da eficiência», *Encontro de Professores de Direito Público*, Porto, 2010 (*recurso on-line*).

propostas, que envolvem não apenas uma análise comparativa técnica e de custo-benefício entre elas, mas também com outras soluções que possam ser promovidas pela entidade pública em alternativa às que tenham sido apresentadas no concurso. E a jurisprudência do Tribunal de Contas tem vindo a ser especialmente exigente neste ponto, recusando o visto sempre que exista violação destas regras e da mesma resulte ou possa resultar a alteração do resultado financeiro do contrato²³.

2.4. O princípio da razoabilidade ou decisão equitativa

Por último, mais do que sublinhar a relevância do *princípio da proporcionalidade*, há muito adquirida como medida fundamental do agir público em geral, e especialmente das actuações administrativas, importa hoje destacar o relevo do *princípio da razoabilidade* ou da *decisão equitativa* segundo o qual à Administração cumpre fazer uma ponderação global final previa à decisão, interligando todos as dimensões (económicas, financeiras, jus-subjectivas, de eficácia e de garantia social) que concorrem para a deliberação final, de modo a garantir um juízo derradeiro e global sobre “**a escolha**”. Trata-se de uma dimensão que se autonomiza e ganha densidade com a Administração de resultados, na medida em que esta torna o agir administrativo “mais solto” relativamente à lei, mas também por isso mais responsável pelas escolhas, e também com os concursos para a obtenção de conhecimento em matérias de incerteza, na medida em que a decisão administrativa sobre a gestão do risco não pode deixar de fundar-se, em última instância, em critérios de bom senso e razoabilidade.

²³ Refiram-se a título meramente exemplificativo os seguintes casos: 1) a falta de estudo de comparador público no caso das parcerias público-privadas (Ac. do Tribunal de Contas n.º 169/2009, de 23 de Novembro) e 2) a falta de um relatório de análise comparativa das propostas que permita fundamentar a escolha (Ac. do Tribunal de Contas n.º 73/2009, de 15 de Abril).

Os defensores do modelo de administração executiva, ou mesmo aqueles que reconhecem os benefícios da margem de livre decisão juridicamente informada, que o legislador confia à Administração, quer directamente, quer por decorrência da protecção jusfundamental que estas entidades devem assegurar, por certo que acharão “estranho” este apelo derradeiro ao senso comum no final de um procedimento minucioso, que interliga a ciência, a participação democrática e a decisão administrativa. Todavia, é precisamente a intensa regulamentação procedimental que acaba por reclamar esta solução, para que a decisão jurídica possa suplantar a decisão burocrática ou o resultado institucional, garantindo o “lugar do direito” na fase de decisão e escolha.

3. O modelo de Administração de resultados e de Administração cooperativa como elemento-travão na responsabilidade por acto lícito relativa a concursos

O problema que se impõe agora equacionar prende-se com a massificação do uso do concurso como instrumento típico deste novo modo de administrar, em especial quando o concurso é utilizado para garantir uma alocação mais eficiente dos recursos públicos²⁴ ou mesmo quando é utilizado para obter conhecimento através da cooperação público-privado. Nestes casos, e sobretudo nestes casos, parece-nos que o concurso pode e deve ser entendido como um *instrumento da actividade administrativa* que se tornou “*especialmente perigoso*”, em primeiro lugar porque o respectivo controlo deixa de estar completamente na determinação das entidades promotoras e fica parcialmente na dependência dos contributos da colaboração que através deles se estabelece com os privados, e, por outro lado, porque exige aos interessados que mobilizem importantes

²⁴ Sobre o tema, por todos, WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

recursos financeiros na preparação das propostas, o que constitui para as empresas um domínio de risco económico relevante.

Esta proposta de compreensão do quadro normativo dos concursos constitui em ambos casos, e como temos vindo a sublinhar, uma consequência típica da *Administração de resultados*, em que esta deixa de se circunscrever a um interesse público pré-definido na lei (como acontecia no modelo de Administração executiva) e deixa também de procurar, por si, definir esse interesse geral no âmbito da margem da livre decisão que o legislador lhe confere, passando a procurar essa definição através da colaboração com os agentes privados, socorrendo-se para o efeito, maioritariamente, de procedimentos concursais. Que consequências se podem retirar desta alteração do modelo de Administração em matéria de responsabilidade civil? Desde logo que alguns concursos constituem hoje um “quadro de busca” do conteúdo da decisão que define o interesse público, e outros um instrumento para promover, no âmbito de uma economia de mercado, a garantia da prestação de serviços de interesse económico geral segundo critérios de eficiência.

Ora, o contexto em que presentemente se desenvolvem estes procedimentos concursais envolve um *risco económico* acrescido para aqueles que assim colaboram com a Administração nas tarefas tendentes à alocação eficiente de recursos ou à busca da solução que define o interesse geral, se compararmos com o modelo tradicional de Administração de base executiva e com os concursos para a concessão de uma obra ou serviço público. Um agente económico que pretendesse apresentar-se a um concurso para a concessão de uma obra ou serviço público no antigo modelo de economia fechada, de integração económica dos serviços e onde a negociação de “privilégios” (direitos de exclusivo, prerrogativas de poder público, etc.) era livre, não precisaria de mobilizar o mesmo volume de investimento que hoje se exige aos concorrentes, quer porque o resultado pretendido se encontrava no essencial pré-determinado pela Administração, quer porque não lhe era exigida a internalização de alguns custos sociais, designadamente em matéria ambiental.

Mas mesmo que o concorrente optasse por fazer essa mobilização de investimento, fazia-o num contexto de menor risco (menos concorrência) e sabendo que podia contar com a ulterior amortização em sede de negociação dos termos de execução do contrato, “num contexto menos vigiado” em termos de auxílios económico-financeiros proibidos.

Ora, hoje, sabemos que as mais modernas exigências em matéria de contratação exigem maior esforço financeiro aos concorrentes na preparação das candidaturas e apresentação das propostas, o que significa, também, maior *risco*. Não nos referimos apenas à necessidade de custear elementos que têm de instruir as propostas e que são de interesse geral (ex. estudos de incidência e/ou impacte ambiental) ou à necessidade de custear estudos para permitir a apresentação de uma proposta, simultaneamente, competitiva e sustentável sob o ponto de vista económico e financeiro (ex. se o concorrente sabe que tem de assumir o *risco geológico* e o *risco arqueológico* terá de mandar fazer estudos prévios que lhe permitam calcular os custos que daí podem advir), mas também ao contexto de incerteza subjacente, que pode determinar a necessidade de modificação do quadro normativo disciplinador da actividade sob concurso e até alterações às próprias regras daquele.

Esta é uma consequência inalienável do facto de o concurso se apresentar em muitos casos como um instrumento para a determinação, ou pelo menos densificação do interesse público e, por essa razão, eventuais encargos que dele resultem e que sejam expressão directa desta forma de actuação da administração não podem, em nosso entender, ser imputados àquela (ou ao Estado) a título de responsabilidade por facto ilícito ou de responsabilidade objectiva, devendo, pelo contrário, conceber-se uma *cláusula travão* do direito à reparação dos prejuízos, imputando-se alguns deles, inevitavelmente, à maior complexidade que a regulação do interesse geral hoje pressupõe para todos os que nela participam. Também aqui encontraremos, por certo, uma refacção da *responsabilidade social* dos agentes económicos, mas não podemos deixar de interpretar esta responsabilidade social no contexto actual, onde estes agentes

se apresentam como empresas multidisciplinares, inseridas em grupos apoiadas por contratos empresariais que lhes permitem obter uma “robustez técnica” (*know-how*) e uma envergadura económico-financeira, que não tem comparação com aquela que se registava no modelo de economia fechada.

É como resposta a esta nova realidade que, em parte, o art. 79º do CCP deve ser interpretado ao estabelecer uma fórmula que limita o *dever de indemnizar* os concorrentes que participam nos procedimentos da contratação pública. Segundo aquele preceito, quando **não haja lugar à adjudicação** por *circunstâncias imprevistas* que tornem necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, ou por *circunstâncias supervenientes* ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, relativas aos pressupostos da decisão de contratar, a entidade adjudicante **apenas é responsável** pelos encargos em que os concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas comprovadamente hajam incorrido com a elaboração das mesmas. Atentando no conteúdo deste artigo podemos concluir que nos procedimentos da contratação pública o único dano ressarcível *pela ausência de escolha* (*i. e.*, pela legítima frustração do procedimento) é o dano emergente com a instrução da proposta, excluindo-se qualquer outra compensação, designadamente pelo *dano da confiança*²⁵. Um regime que deve ser aplicado a todos os procedimentos que visam a “alocação eficiente de recursos”²⁶.

²⁵ Para alguns, eventualmente, esta situação poderá reconduzir-se já a um caso de *indemnização pelo sacrifício* nos termos do art. 16º do RRCEE, onde o *direito sacrificado* não constitui ainda uma posição jurídica consolidada, mas apenas uma expectativa legítima e certa a beneficiar de um acto favorável cujo conteúdo permite amortizar os custos suportados com a preparação da proposta. Todavia, como a interrupção do procedimento impossibilita que venha a ser determinado o destinatário daquele acto, terá de considerar-se que o dano especial e anormal é produzido na esfera jurídica de todos os que, no momento da interrupção do procedimento, estavam em situação de poder vir a ser os destinatários do acto, o que significa que todos são indemnizados, embora de forma limitada.

²⁶ Vejam-se as similitudes com a solução consagrada no § 126 da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* que também limita o dever de reparação dos danos dos concorrentes aos custos com a preparação das propostas e a participação no procedimento pré-contratual.

Com efeito, se a Administração busca um resultado e no *iter concursal* que leva ao mesmo se relaciona com os interessados e estes com ela na busca da solução, compreende-se que a mesma apenas deva responder pelos danos emergentes de uma interrupção abrupta e imprevista do procedimento, mas já não pelos danos gerados pelas vicissitudes desse *iter*. Em contrapartida, uma das “garantias dos concorrentes” nestes procedimentos radica precisamente na proibição de a entidade promotora do concurso poder revogar a “decisão de escolha”, a não ser nos casos excepcionais e expressamente previstos na lei²⁷.

A *protecção jurídica dos concorrentes* é e deve ser uma *protecção jurídica primária*, assente em procedimentos impugnatórios céleres (como o processo urgente do art. 100º do CPTA, cuja extensão a todos os concursos, ou pelo menos àqueles que envolvem maior risco para os concorrentes como os de “alocação eficiente de recursos” e para a “obtenção de conhecimento”, é hoje uma necessidade imperiosa não só para a garantia da tutela jurisdicional efectiva dos concorrentes, mas também, em termos objectivos, para a racionalização do risco neste tipo de procedimentos) e em meios cautelares adequados a evitar a emissão de decisões lesivas.

Com efeito, pese embora o disposto no art. 132º do CPTA, que admite em termos muito amplos a possibilidade de acautelar a produção de danos, a verdade é que o n.º 6 desse mesmo dispositivo, aliado à morosidade típica do processo normal (não urgente), dita muitas vezes o “insucesso na prática” destas providências. O tribunal, confrontado com o prejuízo que a suspensão de um procedimento concursal pode determinar para o interesse geral durante um período de tempo tão longo, e sem outros meios adequados para lidar com a suspensão de actos de duplo efeito ou de efeito múltiplo²⁸, acabará muitas vezes

²⁷ Esta *decisão de escolha* tanto pode corresponder a uma decisão de contratar (art. 80º do CCP) como de atribuir um financiamento, como ainda de determinar o conteúdo de um rótulo.

²⁸ Subscrevemos também as teses propostas por VIEIRA DE ANDRADE no sentido de que na impugnação dos actos pré-contratuais se deve adoptar um conceito amplo do acto objecto de impugnação e de que neste domínio não se aplicam as regras da proibição de execução do art. 128º do CPTA – *A Justiça Administrativa* 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 375-376 (notas 883 e 884). Seria todavia importante consagrar regras especiais em matéria de *suspensão da*

“prescindir da tutela primária”²⁹, remetendo a questão para uma posterior reparação de danos em sede de execução da sentença anulatória (art. 176º/7 e 178º do CPTA).

A existência de um *elemento-travão* ao dever de indemnizar, deve igualmente aplicar-se no âmbito dos *procedimentos concursais que visam a obtenção do conhecimento*. De facto, quando os interessados participam em concursos organizados por entidades Administrativas fazem-no por livre iniciativa e tendo por base um juízo de calculabilidade quanto aos custos e aos benefícios que essa participação lhes possa ocasionar, incluindo as vicissitudes próprias da incerteza em que repousa o resultado final, não apenas quanto à escolha do concorrente e da proposta, mas também do próprio conteúdo ou conformação final do resultado pretendido. Em regra estes procedimentos encontram-se já desenhados para internalizar uma parte dos custos gerados por essa incerteza (recorde-se o que antes dissemos a propósito da *obrigação de partilha de custos* em termos de estudos técnicos) e qualquer ingerência externa (estranha à dinâmica própria destes) acabará por gerar custos de transacção não previstos e por prejudicar o equilíbrio financeiro em que repousa este modelo procedimental de Administração.

4. Considerações finais

As considerações breves que antes tecemos a propósito de possíveis casos de responsabilidade relativa a concursos teve como principal propósito levar a

eficácia de actos de duplo efeito e de actos com efeitos múltiplos, bem como de limitação dos efeitos da suspensão, semelhantes às que hoje podemos encontrar nos §80a e §80b (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*) da Lei de Processo Administrativo alemã.

²⁹ Entre nós apenas a anulação de actos administrativos dos quais resulte o dever de reintegração ou recolocação de um funcionário dispõe de um instrumento especial de tutela primária (art. 173º/4 CPTA). Seria importante rever a lei processual nesta matéria, pois a doutrina, tanto nacional como estrangeira, é unânime na afirmação de que apenas a tutela jurídica primária pode neste caso ser adequada – v. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa...*, pp. 377 (nota 887) e WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren...*, pp. 634ss. .

efeito uma reflexão sumária sobre alguns problemas que não se encontram, a nosso ver, cabalmente tratados no ordenamento jurídico nacional. Com efeito, a crítica principal prende-se com a limitação da protecção jurídica adequada aos casos de concursos incluídos em procedimentos de contratação pública e por decorrência expressa da transposição das soluções do direito europeu.

Ora, como tivemos oportunidade de demonstrar, o concurso é hoje um instrumento especialmente divulgado no contexto do direito administrativo que floresce em áreas de intersecção entre o público e o privado, em especial no domínio económico. E a sua utilização transcende em muito os objectivos tradicionais da “escolha” de colaboradores ou de aquisição de bens e serviços, sendo muitas vezes utilizado como forma de encontrar o próprio conteúdo para a decisão de interesse público³⁰.

Assim, verificamos que no âmbito da responsabilidade relativa a concursos ressaltam hoje duas notas essenciais, por um lado, os fundamentos da responsabilidade por facto ilícito terão de alargar-se, passando a abranger a violação de novos princípios informadores do agir administrativo, mas, por outro, deve ser aplicado com parcimónia quando se trate de apurar responsabilidades decorrentes de causas objectivas ou mesmo do risco, uma vez que este novo modelo de Administração traz consigo, simultaneamente, novas oportunidades de ganho para os interessados e novos riscos que estes devem estar preparados para assumir e internalizar no contexto do exercício normal da sua actividade económica.

³⁰ SCHUPPERT ao analisar as diversas formas de decisão no “novo direito administrativo” refere-se ao conceito/modelo da “*institutional choice*” no âmbito do qual refere vários exemplos onde podemos encontrar o concurso até como instrumento de escolha da forma de organização para o exercício da função administrativa – «*Verwaltungsorganisation als Steuerungsfaktor*», *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, Beck, München, 2006, pp. 1067ss.