

**ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL
DE 15 DE SETEMBRO DE 2011 (PROC. 7754/11)**

SUMÁRIO:

1. A lei geral não revoga a lei especial, a não ser que a lei geral pretenda pôr termo a regimes especiais, o que pode ser aferido objectivamente na nova lei, com base na premência da solução geral nova e ainda no facto de a solução constante da lei especial não se justificar afinal por necessidades próprias desse sector, quer dizer por a especialidade não ser substancial ou material.
2. Sobre a revogação da legislação extravagante anterior ao CCP, devemos atender primeiro às matérias referidas nos arts. 4º ss CCP; e depois, se necessário, teremos de averiguar se há coincidência entre a matéria da lei extravagante e a do CCP.
3. O regime da utilização dos recursos dominiais hídricos não é regulado no CCP. Pelo que o DL 226-A/2007 não foi revogado pelo art. 14º-2 da lei que aprovou o CCP.

TEXTO INTEGRAL:

5Acordam, em conferência, na Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul:

I. RELATÓRIO

- MINISTÉRIO PÚBLICO deduziu no TAC de Loulé uma A.A. Especial contra
- MINISTÉRIO DA DEFESA NACIONAL, como réu, e
- "A... Lda.", como Contra interessada,

Pedindo a *anulação da deliberação datada de 13/05/2009 da Comissão de Análise das propostas do concurso para a atribuição do uso privativo no Domínio Público Hídrico na área de intervenção do Plano de Ordenamento da Orla Costeira de Burgau - Vila Moura, concurso este aberto com a publicitação do Edital 68/2009, de 13/04/2009 pela Capitania do Porto de Portimão, e na sequência da qual foi atribuída à contra interessada a licença de ocupação do domínio público hídrico para o apoio balnear da Unidade Balnear nº 4 CUB 4) na Praia da Rocha.*

Após os articulados, o despacho saneador e as alegações escritas, aquele tribunal decidiu por sentença declarar nulo o acto administrativo impugnado, por entender que deveria ter sido aplicado no procedimento pelo réu o novo CCP e não o DL 226-A/2007.

Inconformado, vem MINISTÉRIO DA DEFESA NACIONAL recorrer para este T.C.A.-Sul, tendo formulado as seguintes CONCLUSÕES (inutilmente longas):

A. A mui doutra Sentença de 14.03.2011 do TAF Loulé, ora recorrida, enferma de erro de julgamento quanto à determinação do direito aplicável à matéria de facto.

B. Isto porque, ao contrário do que considerou o Tribunal a quo, as normas de natureza procedimental contidas no Decreto-Lei n. 226-A/2007, de 31 de Maio, não se encontram revogadas face ao disposto no n. 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n. 18/2008, de 29 de Janeiro.

C. Muito pelo contrário, o Decreto-Lei n. 226-A/2007 tem sido alvo de sucessivas alterações à sua redacção - a última das quais data de Julho de 2010 -,

D. Resultando de tal modo evidente a vontade do legislador de manter em vigor o seu artigo 21.º que procedeu à alteração da respectiva redacção através do Decreto-Lei n. 93/2008, de 4 de Junho; portanto, já depois da publicação do CCP.

E. Aliás, no preâmbulo do mesmo Decreto-Lei n. 93/2008, o legislador refere expressamente, quando já conhecia o texto do CCP e do respectivo diploma de aprovação, que o "artigo 21.º fixa a tramitação a que se sujeita a atribuição do título por procedimento concursal iniciado a pedido de um particular".

F. De resto, refira-se que a "revogação global e sistémica" nunca poderia ter como consequência a aplicação de normas do CCP relativas a procedimentos pré-contratuais a um procedimento que visa, não a celebração de um contrato, mas sim a atribuição de uma licença de apoio balnear.

G. É que, apesar de se ter vulgarizado o recurso à expressão "concessionários" para designar os exploradores dos apoios balneares e recreativos, esta não é juridicamente correcta.

H. Isto porque os apoios balneares estão sujeitos a emissão de licença prévia, de carácter unilateral (Subsecção III - "Licença" - artigos 19.º a 22.º do Decreto-Lei n. 226A/2007),

I. E não a prévia concessão (Subsecção IV - "Concessão" - artigos 23.º a 25.º do referido diploma, sob a forma de contrato, bilateral ou sinalagmático).

J. Enquanto ainda titular da licença, a sociedade "A... Lda.", Contra interessada nos presentes autos, veio declarar o seu interesse na continuação da sua actividade na referida UB4.

K. Publicitado o pedido através da afixação do Edital n. 68/2009 e terminado o prazo de entrega fixado, apenas a Contra-interessada apresentou proposta.

L. Assim, o procedimento teria de seguir, como seguiu, a tramitação regulada no n. 4 do artigo 21.º do Decreto-Lei n. 226-A/2007,

M. Nomeadamente no que respeita às exigências de publicitação, integralmente satisfeitas com a "afixação de editais" e com a "publicação nos locais de estilo".

N. Desse modo, foi assegurada a possibilidade de participação no procedimento de todos aqueles que eventualmente nisso tivessem interesse.

O. Foram também dados a conhecer todos os actos praticados no decurso do procedimento, com eficácia externa.

P. Além disso, a Administração pautou a sua conduta pela imparcialidade e pela igualdade de tratamento de todos os (potenciais) interessados no procedimento concursal.

Q. Respeitando rigorosamente os princípios da publicidade, da transparência, da imparcialidade e da igualdade.

R. Por isso, não tendo havido preterição de qualquer deles, nem ofensa do núcleo essencial de qualquer princípio fundamental, nunca o acto administrativo impugnado padeceu de vício susceptível de importar a sua nulidade.

S. Na verdade, nem os restantes vícios alegados pelo Recorrido, potencialmente geradores de mera anulabilidade, afectam o acto administrativo declarado nulo pelo Tribunal a quo.

T. Desde logo, a missiva do Capitão do Porto a recordar ao então titular da licença a caducidade desta não produziu, enquanto acto de colaboração da Administração com o particular, qualquer efeito de impulso procedimental da Entidade Recorrente.

U. O procedimento concursal iniciou-se apenas no momento em que a Contra-interessada apresentou pedido nos termos do Doc. 2 junto aos autos com a contestação.

V. Neste contexto, por se tratar inequivocamente de procedimento de iniciativa particular, não era, de todo, aplicável o disposto na alínea a) do n. 3 do artigo 21.º do Decreto-Lei n. 226-A/2007, nem quanto ao prazo, nem quanto à definição de critérios, nem ainda quanto à constituição da Comissão de Análise.

W. Por esse motivo, o prazo de 30 dias a que se referiu o Recorrido na petição inicial não era aplicável in casu.

X. A definição dos critérios é matéria que, não encontrando regulação específica no n. 4 do artigo 21.º do Decreto-Lei n. 226-A/2007, tem de ser encontrada nos princípios basilares do direito administrativo.

Y. A definição empreendida não foi atentatória de qualquer dos princípios administrativos,

Z. Verificando-se, pelo contrário, que os critérios definidos para o procedimento favorecem e potenciam a prossecução do interesse público, bem como a salvaguarda da vida, da integridade física e dos demais direitos e interesses dos banhistas.

AA. Ao mesmo tempo que a sua definição em momento anterior à abertura das propostas acautela os direitos e interesses de todos os candidatos, até porque do edital já constavam os elementos essenciais a considerar.

BB. Do mesmo modo, sempre os concorrentes (caso tivesse existido mais do que um) seriam tratados de forma igual, tomando ao mesmo tempo conhecimento dos referidos critérios.

CC. Critérios esses que se constituem para aquele procedimento sem que exista qualquer favorecimento do anterior titular da licença.

DD. Em suma, a definição dos critérios foi feita de boa fé, de forma justa, imparcial e ainda proporcional, por ter respeitado o interesse público na medida da necessidade, ponderados os direitos e interesses privados dos candidatos.

EE. Acresce que o procedimento concursal por iniciativa de particular relaciona-se intimamente com os princípios da colaboração da Administração com os particulares e da participação.

FF. Já a Comissão de Análise, não estando regulada no procedimento especial de iniciativa de particular, é constituída nos termos dos artigos 14.º e seguintes do CPA,

GG. E não nos termos do CCP, diploma que, como vimos, não tem aplicação à matéria de que se ocupam os presentes autos, nem mesmo a título supletivo.

HH. É que o n. 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n. 18/2008 tem de ser interpretado em conjugação com o n. 3 do artigo 1º do CCP.

II. Sendo que o licenciamento de apoio balnear não é um acto substitutivo de um contrato, não se reveste de carácter sinalagmático, na medida em que a Entidade Recorrente não obtém, com aquele acto, qualquer contrapartida.

JJ. Com efeito, o acto de licenciamento reveste-se de unilateralidade: com a atribuição da licença, a Entidade Recorrente limita-se a licenciar o uso privativo de espaço do domínio público marítimo.

KK. O CCP, que não revogou o Decreto-Lei n. 226-A/2007, não tem aplicação na matéria relativa ao licenciamento de apoios balneares,

LL. Pelo que não foi preterido procedimento legalmente previsto, muito pelo contrário.

MM. Conclui-se ainda ter existido decisão homologatória da deliberação da Comissão de Análise, face ao Doe. 10 junto com a contestação.

NN. Não tendo aquela decisão sido anulada pelo SEDNAM, em virtude de o despacho proferido por esta entidade, de mera concordância, carecer de parte dispositiva.

OO. Face ao exposto, não poderia o acto administrativo impugnado ter sido declarado nulo, não podendo, conseqüentemente, o douto aresto recorrido manter-se.

O recorrido apresentou CONTRA-ALEGAÇÕES, concluindo:

1.ª - Através do acto administrativo impugnado, proferido no termo do respectivo procedimento concursal, foi atribuída a licença de ocupação do domínio público hídrico para o Apoio Balnear da Unidade Balnear n.º 4 (UB 4) da Praia da Rocha - Portimão, "com possibilidade de renovação até dez anos";

2.ª - A iniciativa do concurso para apoio balnear e recreativo, partiu da Capitania do Porto de Portimão, pelo que a respectiva tramitação tinha que ser a prevista no artigo 21.º n.º 3, al. a) do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, que obriga à publicação do anúncio no Diário da República;

3.ª - Não foi ordenada, pelo que foi omitida a publicação no Diário da República, e assim violada a indicada norma, o que consubstancia um vício de forma que se traduz na ineficácia do acto, nos termos do artigo 130.º n.º 2 do CPA;

4.ª - O edital publicado fixa o prazo de 10 dias para apresentação das propostas, em vez de fixar 30 dias, e não menciona os critérios de escolha das propostas, o que tudo constitui violação do artigo 21.º n.º 3, al. a) do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Março;

5.ª - Para apreciação das propostas formou-se uma Comissão de Análise, constituída apenas por três elementos efectivos, em vez de ter sido constituído um júri composto em número ímpar, por um mínimo de três membros efectivos e dois suplentes, o que constitui violação dos artigos 21.º, n.º 3, al. c) do Decreto-lei n.º 226-A/007, de 31 de Março, e 67.º n.º 1 do CCP;

6.ª - O Capitão do Porto de Portimão, órgão competente para a decisão de contratar, participou, como presidente da Comissão de Análise, na deliberação final de atribuição da licença objecto do procedimento concursal, logo, em situação de impedimento nos

termos dos artigos 24.º n.º 4 e 44.º n.º 1, al. d) do CPA, o que tem como sanção específica a anulabilidade do acto, nos termos do artigo 51.º n.º 1 do CPA;

7.ª - O procedimento concursal em causa foi encerrado com o relatório da análise das propostas elaborado pela Comissão de Análise, onde se delibera atribuir a licença a concurso, não se verificando uma decisão homologatória da deliberação da citada Comissão, emitida pela entidade competente para tal, no caso concreto o Capitão do Porto de Portimão, o que constitui violação do artigo 12.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Março;

8.ª - A própria entidade demandada, em recursos hierárquicos interpostos em idênticos concursos para a atribuição das licenças de ocupação do domínio público hídrico da UB 1 e da UB 5 da Praia da Rocha - abertos em idênticas circunstâncias e seguindo exactamente os mesmos procedimentos que seguiu o concurso em causa na presente acção - reconheceu a preterição de formalidades essenciais e diversos vícios de violação de lei, e decidiu anular esses concursos;

9.ª - Em face disso, mostra-se incompreensível e de uma flagrante incoerência que a entidade demandada venha agora na presente acção, sustentar a validade do concurso, proclamando aqui a inexistência dos evidentes vícios que em casos absolutamente idênticos reconheceu existirem e sancionou;

10ª Consideramos não ter sido revogado, o DL 226-A/2007. No entanto, mesmo que se entenda que este se encontra revogado, o artigo 284.º CCP, quanto á validade própria do contrato, dispõe: "1 - Os contratos celebrados com ofensa de princípios ou normas injuntivas são anuláveis. 2 - Os contratos são, todavia, nulos quando se verifique algum dos fundamentos previstos no artigo 133.º do Código do Procedimento Administrativo ou quando o respectivo vício determine a nulidade por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo.

11ª - Assim, sem conceder quanto à invocada nulidade o acto administrativo impugnado, nos termos do artigo 133.º n.º 1, al. d) do CPA, por violação do princípio da publicidade, por sua vez ligado aos princípios da imparcialidade, da transparência e da igualdade,

12.ª - Foi violado o princípio da publicidade, por sua vez ligado aos princípios da imparcialidade, da transparência e da igualdade, que constitui ofensa ao conteúdo essencial de direitos fundamentais e inquina o acto administrativo impugnado de nulidade, nos termos do artigo 133.º n.º 1, al. d) do CPA, conjugado com ao art. 284º CCP;

13.ª - Sem conceder, também foram violadas as normas como tais indicadas nas conclusões precedentes, o que inquina o acto administrativo impugnado da anulabilidade específica cominada pelo artigo 51.º n.º 1, do CPA e de nulidade por violação de lei nos termos gerais do artigo 135.º do CPA.

(não há referência a eventuais factos relevantes não provados, nem exame crítico das provas – art. 653º-2 CPC)

*

Colhidos os vistos nos termos legais, importa agora em conferência apreciar e decidir.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO NA 1ª INSTÂNCIA

1. Através do Edital 68/2009, de 13.04.2009, foi aberto, pelo Capitão do Porto de Portimão, concurso para atribuição de novo licenciamento por 10 anos consecutivos para instalação do Apoio Balnear n. 4 CUB 4), na área de jurisdição daquela Capitania, em conformidade com o POOC de Burgau,- Vilamoura, a ser instalado na Praia da Rocha - Portimão - doc. nº 2 junto com a p.i.

2. Nesse edital era concedido o prazo de 10 dias para apresentação das propostas pelos concorrentes, na medida em que dele constava que as propostas e os documentos que a acompanham redigidos em português, devem ser assinados pelos proponentes e devem dar entrada até 17h00 do 10º dia útil (27 de Abril de 2009) - doc. nº 2 junto com a p.i.

3. Por outro lado, no citado Edital ficou estabelecido, designadamente, qual o conteúdo das propostas, os documentos a apresentar pelos concorrentes, as causas de exclusão x, mencionando-se os critérios de escolha das propostas¹ conforme doc. nº 3 e arts. 4º e 6º da contestação do MDN.

4. Para apreciação das propostas formou-se uma Comissão de Análise, integrando essa Comissão o próprio Capitão do Porto de Portimão, x que presidia, e mais dois vogais - doc. nº 3 junto com a p.i.

5. No dia 13 de Maio de 2009, pelas 11 h 20, a Comissão de Análise reuniu e procedeu ao acto de abertura da única proposta entrada, apresentada pela contra - interessada, e deliberou admiti-la a concurso, tendo dado por encerrado esse acto do concurso às 10 h 40 - doc. 3 da p.i..

6. Nesse mesmo dia 13 de Maio de 2009, pelas 12H 30, a Comissão de Análise voltou a reunir para apreciação das propostas do concurso, tendo dado por encerrada a sessão pelas 12 h 40 - doc. nº 4

7. Ainda nesse mesmo dia 13 de Maio de 2009, pelas 15H 30, a Comissão de Análise voltou novamente a reunir para análise da proposta da concorrente - doc. nº 1

8. E nessa reunião, após verificação de que a proposta cumpria os requisitos exigidos, a Comissão deliberou atribuir a licença objecto do procedimento concursal à concorrente " Carlos Vicente & Teresa, Lda." - a contra interessada -, tendo dado por findo esse acto do concurso pelas 15H 40, tudo conforme consta da respectiva acta, que incorpora o "Relatório de Análise das Propostas" - doc. 1.

9. Através do ofício n. 759, de 6 de Julho de 2009, o Capitão do Porto, Pedro Marques Pereira, comunicou à contra-interessada que lhe tinha sido atribuída a licença objecto do procedimento concursal - APOIO BALNEAR UB 4 DA PRAIA DA ROCHA - doc. nº 5

10. Em idênticas circunstâncias e seguindo exactamente os mesmos procedimentos, o Senhor Capitão do Porto de Portimão abriu concursos para atribuição de outros novos licenciamentos para instalação de apoios balneares, entre os quais o Apoio Balnear n. 1 (UB 1) DA PRAIA DA ROCHA - (doc. 6).

11. Esse concurso referente ao Apoio Balnear n. 1 (UB 1) veio a ser anulado por Despacho do Secretário de Estado da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar, do Ministério da Defesa Nacional, proferido em 17 de Dezembro de 2009 no âmbito do recurso hierárquico interposto por um dos concorrentes, com fundamento na preterição de formalidades essenciais e diversos vícios de violação de lei - Doc. nº 6.

12. Na sequência do conhecimento dessa decisão, a concorrente "Thalassavita - Unipessoal, Lda." em 17 de Dezembro de 2010 apresentou um requerimento no Ministério da Defesa Nacional a pedir a anulação dos demais concursos, por serem em tudo idênticos e, conseqüentemente, enfermarem dos mesmos vícios - doc. 7.

13. Tal requerimento veio a ser indeferido com fundamento em que "*atendendo a que, no caso concreto a competência atribuída por lei aos Capitães de Porto para procederem a abertura de procedimento visando a atribuição de licenças de concessão de apoios de praia na sua área de jurisdição, é uma competência exclusiva, não pode esta ser exercida por outrem, estando a competência de S. Exa. o EDNAM limitada à apreciação dos actos praticados em sede de recurso hierárquico*" (doc. 8).

14. Tendo sido participada toda essa situação ao Ministério Público e sabendo-se ainda que um outro concurso - da UB 5 tinha igualmente sido anulado por decisão proferida em recurso hierárquico, através do ofício n. 82jGS, de 25 de Março de 2010, foi solicitado ao Senhor Capitão do Porto de Portimão que informasse se, em face disso, ponderava proceder à anulação oficiosa dos demais concursos - doc. nº 9.

15. A esse ofício respondeu o Senhor Capitão do Porto de Portimão, dizendo que não tencionava tomar qualquer iniciativa nesse sentido - doc. nº 10.

(Art. 712º-1 CPC:)

16. Conforme doc. 2 da contestação do MDN:

Carlos Vicente & Duarte, Lda, com sede no Apartado 69 – Praia da Rocha –
– 8500-905 Portimão, contribuinte nº 501 364 307, de acordo com o solicitado no v/ofício nº
230, Processo B.21, de 09MAR2009, venho por este meio declarar o meu interesse na
continuação da actividade – instalação sazonal do apoio balnear, localizado na Praia da
Rocha – UB 04, no concelho de Portimão.

*

Os factos provados nº 3 e 4 foram aqui alterados conforme abaixo se justificará.

O facto provado nº 16, aditado, consta do doc. 2 e do art. 3º da contestação do MDN (art. 712º-1 CPC).

O tribunal a quo foi omisso sobre eventuais “factos relevantes não provados” e sobre a sua convicção probatória.

II.2. APRECIACÃO DO RECURSO

O âmbito do recurso jurisdicional, cujo objecto é a decisão recorrida, é delimitado pela Recorrente nas conclusões das suas alegações (sem prejuízo do conhecimento das questões de conhecimento oficioso), apenas podendo incidir sobre questões que tenham sido ou devessem ser anteriormente apreciadas e não podendo confrontar o tribunal ad quem com questões (coisa diversa de considerações, argumentos ou juízos de valor) novas ou cobertas por caso julgado - v. Arts. 684º-3-4, 716º e 668º-1-d do CPC.

Vejam os.

1º Das conclusões do recorrente

a.

O DL 226-A/2007 foi o aplicado pelo réu, mas foi considerado pelo tribunal a quo como revogado pelo CCP: trata do regime da utilização dos recursos hídricos, em conjunto com a Lei da Água (Lei n.º 58/2005), e foi alterado pelos DL 391-A/2007, 93/2008, 107/2009, 245/2009 e 82/2010.

A autorização, licença ou concessão constituem títulos de utilização dos recursos hídricos. A atribuição da concessão em casos como o presente depende do exigido nos arts. 10º ss², 21º³, 23º ss⁴ e 63º⁵ do DL 226-A/2007.

O novo CCP foi aprovado pelo DL 18/2008, já foi alterado 8 vezes e entrou em vigor em 30-7-2008. É esta a lei aplicável ao caso em apreço segundo a decisão recorrida, por causa do art. 14º-2 do DP-CCP, que dispõe: *É igualmente revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível.*

Trata-se de uma revogação global (OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, 4ª ed., n.º 129).

Em princípio (lógico), a lei geral não revoga a lei especial (art. 7º-2-3 CC⁶). A não ser que a lei geral pretenda pôr termo a regimes especiais, o que pode ser aferido objectivamente na nova lei, com base

a) na premência da solução geral nova e ainda

b) no facto de a solução constante da lei especial não se justificar afinal por necessidades próprias desse sector, quer dizer por a especialidade não ser substancial ou material (assim: OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, 4ª ed., n.º 285).

c.

O art. 1º-3 CCP diz: *A parte II do presente Código (formação dos contratos públicos) é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, aos procedimentos destinados à atribuição unilateral, pelas entidades adjudicantes referidas no artigo seguinte, de quaisquer vantagens ou benefícios, através de acto administrativo ou equiparado, em substituição da celebração de um contrato público.*

Esta norma inclui claramente actos administrativos (art. 120º CPA) como uma licença ou uma autorização e a expressão “em substituição da” deve ser

entendida como “em alternativa à” – assim: MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, 2011, p. 119 ss.

d.

Sobre a revogação da legislação extravagante⁷ anterior ao CCP, devemos atender primeiro às matérias referidas nos arts. 4º ss CCP⁸; e depois, se necessário, teremos de averiguar se há coincidência entre a matéria da lei extravagante e a do CCP – assim: MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 85 ss.

Ora, o regime da utilização dos recursos dominiais hídricos não é regulado no CCP. Pelo que o DL 226-A/2007 não foi revogado pelo art. 14º-2 cit.⁹ Como, aliás, indiciam as alterações ao mesmo feitas após o CCP vigorar.

O mesmo se conclui do que acima expusemos: a lei geral não revoga a lei especial. A não ser que o CCP pretenda pôr termo a regimes especiais, o que pode ser aferido objectivamente na nova lei, com base na premência da solução geral nova e ainda no facto de a solução constante da lei especial (DL 226-A/2007) não se justificar afinal por necessidades próprias desse sector, quer dizer por a especialidade não ser substancial ou material.

Não é este o nosso caso: com efeito, a atribuição de licenças ou concessões para utilização dos recursos dominiais hídricos não é uma realidade premente para o CCP e é uma realidade com características próprias, como, aliás, indiciam as alterações ao mesmo feitas após o CCP vigorar.

e.

E aqui chegados, é irrelevante o art. 1º-3 CCP, pois esta norma pressupõe já a não existência de regimes ou de leis extravagantes ou especiais como o DL 226-A/2007.

f.

O DL 226-A/2007 era e é, na verdade, uma lei especial (aplica-se a uma categoria particular de situações¹⁰; lei que, sem contrariar substancialmente o princípio geral contido noutra lei, a adapta a circunstâncias particulares¹¹), que não foi revogada pelo CCP. Tal como, aliás, é o DL 280/2007, referido por MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 122, nota 87 (v. ainda p. 26, nota 16).

O CCP não se aplica, portanto, ao regime (especial) da utilização dos recursos dominiais hídricos e seu procedimento (especial, próprio) adjudicatório ou de carácter concorrencial¹². Aplica-se o DL 226-A/2007 cit.

2º Do objecto da acção também discutido nas contra-alegações (em substituição do tribunal a quo)

O facto provado nº 3 estava parcialmente em contradição com o doc. 2, donde consta efectivamente a publicitação dos critérios, pelo que ao abrigo do art. 712º-1-b CPC, se altera o mesmo.

O facto provado nº 4 continha uma expressão puramente jurídica, em vez de um facto, a qual, por isso, é de eliminar.

Quanto ao objecto da acção, o A. invocou:

- a) - Omissão de publicação do início do procedimento, com referencia aos arts. 21º-3-c do DL 226-A/2007 e 130º-2 e 133º-1-d CPA;
- b) - Violação do prazo de 30 dias fixado no art. 21º do DL cit.;
- c) - Falta de anúncio dos critérios de decisão;
- d) - Impedimento de um dos elementos da Comissão (presidente), com referencia aos arts. 67º-1-2 CCP, 24º-4, 44º-1-d e 51º-1 CPA;
- e) - Falta de decisão homologatória, substituída por decisão da Comissão (art. 12º-3 do DL cit.).

No essencial, os demandados defenderam-se assim: o art. 21º-1-4 cit. foi respeitado, tendo sido um procedimento por iniciativa particular; foi violado o prazo de 3 meses referido no art. 58º CPTA; o nº 7 do edital continha os critérios de decisão.

Vejamos.

a. Omissão de publicação do início do procedimento (para toldos, segurança e limpeza na praia), com referência aos arts. 21º-3-c do DL 226-A/2007 e 130º-2 e 133º-1-d CPA

Seria fundamento de anulabilidade do acto decisor, por (mero) vício procedimental essencial (art. 135º CPA), não havendo qualquer nulidade.

E resulta do facto nº 1 (art. 3º da p.i.) que houve publicidade de um início de procedimento concorrencial não conforme com o teor do art. 21º-4-c transcrito atrás.

O edital é o tipo de edital previsto no art. 21º-3-a cit., para procedimento por iniciativa pública. Foi esta que ocorreu. O facto provado nº 16 não a desmente. E, neste contexto, faltou a publicação no DR imposta pelo art. 21º-3-a cit., assim violado. É uma anulabilidade (art. 135º CPA).

b. Violação do prazo de 30 dias fixado no art. 21º do DL cit.

O nº 10 do edital, sem prejuízo da falta de anúncio no DR, fixa um prazo de 10 dias úteis, em vez dos 30 dias previstos no art. 21º-3-a. Inclui-se na não publicação no DR.

c. Falta de anúncio dos critérios de decisão

Os critérios de decisão foram publicados no edital (nº 7), mas relevam dentro da falta de publicação no DR, já referida.

d. Impedimento de um dos elementos da Comissão (presidente; competente para contratar), com referência aos arts. 67º-1-2 CCP, 24º-4, 44º-1-d e 51º-1 CPA¹³

O CCP não é aqui aplicável, como vimos. Só o DL cit. e o CPA se aqui aplicam, além da CRP.

Os impedimentos têm a ver com o princípio da imparcialidade administrativa.

In casu, de procedimento para toldos, segurança e limpeza na praia, ao contrário do que defende o A., a competência decisória cabe à ARH (arts. 12º-1 e 63º do DL cit.¹⁴ e não ao capitão do porto, pelo que este poderia integrar o júri ou comissão de análise das propostas.

Não há impedimento.

e. Falta de decisão ou substituída por decisão da Comissão (art. 12º do DL cit.)

Em bom rigor, não se trata de decisão homologatória do relatório; trata-se mesmo de simples decisão de adjudicação, do final do procedimento, após a ponderação do relatório do júri.

Já vimos que tal compete à ARH, IP (arts. 12º-1 e 63º cit.) e não ao júri (ou comissão de análise das propostas) ou ao capitão do porto (da AMN do réu MDN) neste caso.

A ARH do Algarve é um instituto público periférico integrado na administração indirecta do Estado, sob a tutela e superintendência do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território, criado na sequência da publicação da Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro (Lei da Água), A área de intervenção da ARH Algarve integra todos os concelhos do Algarve e, na região do Alentejo, parte das freguesias de S. Teotónio e Sabóia (concelho de Odemira), Santana da Serra (concelho de Ourique), Gomes Aires, Santa Clara a Nova e S. Barnabé (concelho de Almodôvar).

De acordo com o artigo 3º, nº 2, do Decreto-Lei nº 208/2007, de 29 de Maio, são atribuições das ARH, I. P., no âmbito das circunscrições territoriais respectivas:

a) Elaborar e executar os planos de gestão de bacias hidrográficas e os planos específicos de gestão das águas e definir e aplicar os programas de medidas;

b) Decidir sobre a emissão e emitir os títulos de utilização dos recursos hídricos e fiscalizar o cumprimento da sua aplicação;

c) Realizar a análise das características da respectiva região hidrográfica e das incidências das actividades humanas sobre o estado das águas, bem como a análise económica das utilizações das águas, e promover a requalificação dos recursos hídricos e a sistematização fluvial;

d) Elaborar ou colaborar na elaboração, tal como definido pela Autoridade Nacional da Água, dos planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas, nos planos de ordenamento da orla costeira e nos planos de ordenamento dos estuários na área da sua jurisdição;

e) Estabelecer na região hidrográfica a rede de monitorização da qualidade da água, e elaborar e aplicar o respectivo programa de monitorização de acordo com os procedimentos e a metodologia definidos pela Autoridade Nacional da Água;

f) Aplicar o regime económico e financeiro nas bacias hidrográficas da área de jurisdição, fixar por estimativa o valor económico da utilização sem título, pronunciar-se sobre os montantes dos componentes da taxa de recursos hídricos, arrecadar as taxas e aplicar a parte que lhe cabe na gestão das águas das respectivas bacias ou regiões hidrográficas;

g) Elaborar o registo das zonas protegidas e identificar as zonas de captação destinadas a água para consumo humano;

h) Prosseguir as demais atribuições referidas na Lei da Água e respectiva legislação complementar.

As comissões de análise ou júri são órgãos colegiais ad hoc independentes da entidade adjudicante ou decisora; e vice-versa; detêm competências diferentes.

Não é fácil analisar a relação entre o júri e a entidade adjudicante ou contratante no quadro normal em que aquele se integra num procedimento desta. No caso presente, no entanto, há um elemento a sublinhar gravemente e que torna a análise mais clara e fácil: a Capitania (sob cuja égide andou a comissão de análise), que iniciou e findou o procedimento, integra o MDN, mas a competência para este procedimento cabe à ARH do Algarve, IP, pessoa colectiva tutelada pelo Min. do Ambiente, bem distinta do MDN.

Assim, a comissão de análise das propostas (MDN), ao decidir a adjudicação (facto provado nº 8), exerceu uma atribuição alheia, de uma entidade (ARH, IP) dependente de outro ministério (MA).

Trata-se de uma ilegalidade orgânica em sede atribuições diversas, portanto de vício de incompetência absoluta, que torna o acto nulo (v. art. 133º-2-b CPA) - cfr. FREITAS DO AMARAL, Curso..., II, 2ª ed., p. 421, 426 ss e 458.

f. Concluindo:

- Ao contrário do entendido pelo tribunal a quo, a este tipo de procedimento concorrencial é aplicável o DL 226-A/2007;
- Tratou-se de um procedimento por iniciativa do MDN (Capitania do Porto de Portimão);
- Faltou a publicidade do início do procedimento no DR (anulabilidade);
- A Comissão de Análise das propostas, ao tomar a decisão final no seu relatório de apreciação de propostas, violou a regra geral de que os júris não decidem a final nos concursos e, sobretudo, violou as atribuições da entidade competente para decidir, a ARH do Algarve, IP, dependente do Ministério do Ambiente, o que torna o acto decisório nulo.

III. DECISÃO

Em conformidade com o exposto, acordam os juizes desembargadores da Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul em, com fundamentação diversa, julgar o recurso improcedente e declarar nula a deliberação impugnada.

Custas a cargo do recorrido que contra-alegou.

Lisboa, 15-9-2011

PAULO PEREIRA GOUVEIA

CRISTINA DOS SANTOS

ANTÓNIO VASCONCELOS

- 7. A selecção dos candidatos será ponderada de acordo com os seguintes critérios:**
- a. Qualidade da proposta, avaliado nos itens (ponderação 35%)
 - (1) Conforto dos utentes, avaliado em função da razão entre a área de sombra e a área total
 - (2) Tipo/Qualidade das estruturas e mobiliário
 - (3) Preços a praticar ao longo da época para sombra e camas.
 - b. Disponibilidade para realizar acções de valorização e requalificação da praia que contém a unidade balnear a que concorrem (ponderação 35%)

- c. Avaliação da experiência do concorrente na actividade a desempenhar e quando a sua experiência seja referente à utilização do Domínio hídrico, bem como, o cumprimento das suas obrigações, enquanto titular de licença (ponderação 20%)
- d. A proximidade do local da residência do concorrente, registada nas finanças, seja pessoa colectiva ou individual (ponderação 10%)

² Art. 10º:

A atribuição de um título de utilização de recursos hídricos depende do cumprimento do disposto da Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro, das disposições constantes do presente decreto-lei que lhe sejam aplicáveis, da demais legislação aplicável, bem como:

- a) Da inexistência de outros usos efectivos ou potenciais dos recursos hídricos, reconhecidos como prioritários e não compatíveis com o pedido;
- b) Da possibilidade de compatibilizar a utilização com direitos preexistentes;
- c) No caso de pesquisa de captação de águas subterrâneas, da observância dos requisitos aplicáveis à captação a que se destina;
- d) Da inexistência de pareceres vinculativos desfavoráveis das entidades consultadas no procedimento, bem como dos resultantes da fase de publicitação, quando à mesma haja lugar.

³ Art. 21º:

1 - São atribuídas através de procedimento concursal, nos termos do presente artigo, as utilizações sujeitas a licença de:

- a) Extracção de inertes em margens e leitos conexos com águas públicas em volume superior a 500 m³;
- b) 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;
- c) Instalação de apoios de praia nos terrenos do domínio público.

2 - No caso de a ocupação do domínio público hídrico sujeita a concurso estar associada a outra utilização dos recursos hídricos, o concurso incidirá sobre a totalidade das utilizações.

3 - Quando a atribuição da licença resultar de iniciativa pública, a tramitação do procedimento concursal é a seguinte:

a) A autoridade competente procede à publicitação dos termos da utilização a licenciar através de anúncio em Diário da República e afixação de editais onde constem as principais características da utilização em causa, os critérios de escolha e os elementos estabelecidos na portaria a que se refere a subalínea ii) da alínea a) do n.º 3 do artigo 14.º do presente decreto-lei, convidando os interessados a apresentar propostas num prazo de 30 dias, com as respectivas condições de exploração;

b) As propostas não são admitidas:

- i) Quando recebidas fora do prazo fixado;
- ii) Quando não contenham os elementos exigidos no anúncio;

c) No prazo de 30 dias a contar do termo do prazo para a apresentação das propostas, o júri elabora um relatório em que procede à apreciação do mérito daquelas e as ordena para efeitos de atribuição da licença de acordo com os critérios fixados no anúncio de abertura do concurso;

d) Ordenados os concorrentes, o candidato seleccionado em primeiro lugar inicia o procedimento de licenciamento referido no artigo anterior, no prazo máximo de um ano, prorrogável por igual período e por uma única vez;

e) Se o concorrente não cumprir o estabelecido na alínea anterior ou se o pedido apresentado for indeferido, é notificado para o mesmo efeito o candidato graduado imediatamente a seguir e assim sucessivamente, enquanto não se esgotar o prazo de validade do concurso.

4 - Quando a atribuição da licença resultar de pedido apresentado pelo particular junto da autoridade competente, a tramitação do procedimento concursal é a seguinte:

- a) O interessado apresenta um pedido de atribuição de licença, do qual constam a localização, o objecto e as características da utilização pretendida;
- b) A autoridade competente aprecia o pedido apresentado, verificando se existem causas que obstem desde logo à abertura do procedimento, nomeadamente o incumprimento de alguma das condições referidas no artigo 10.º de que depende a emissão do título, a sua inoportunidade ou inconveniência para o interesse público ou, ainda, o facto de se pretender atribuir essa utilização por via de iniciativa pública;
- c) Não existindo causas que obstem desde logo à abertura do procedimento, a autoridade competente procede à publicitação do pedido apresentado, através da afixação de editais e da publicação nos locais de estilo durante o prazo de 30 dias, abrindo a faculdade de outros interessados poderem requerer para si a emissão do título com o objecto e finalidade para a utilização publicitada ou apresentar objecções à atribuição do mesmo;
- d) Decorrido o prazo referido na alínea anterior sem que seja apresentado um pedido concorrente, é iniciado o procedimento de licenciamento referido no artigo 20.º, no prazo máximo de um ano, prorrogável por igual período e por uma única vez;
- e) Se durante o prazo referido na alínea b) forem apresentados pedidos idênticos de atribuição de licença, a autoridade competente inicia um procedimento concursal entre os interessados, que segue os termos fixados no número anterior, com as necessárias adaptações.

5 - Nos casos referidos no número anterior, o primeiro requerente goza do direito de preferência desde que comunique, no prazo de 10 dias a contar da notificação da escolha da proposta, sujeitar-se às condições da proposta seleccionada, salvo tratando-se de anterior titular que manifeste interesse na continuação da utilização, caso em que se observará o disposto no n.º 7 do presente artigo.

6 - Nos casos em que o concurso previsto no n.º 3 ficar deserto, a licença pode ser atribuída ao antigo titular nas condições postas a concurso.

7 - Sem prejuízo do disposto no n.º 4 do artigo 34.º, o anterior titular pode manifestar à autoridade competente o interesse na continuação da utilização, no prazo de um ano antes do termo do respectivo título, gozando de direito de preferência, desde que, no prazo de 10 dias após a adjudicação do procedimento concursal previsto no n.º 3 ou no n.º 4 comunique sujeitar-se às condições da proposta seleccionada.

8 - No caso previsto no número anterior pode excepcionalmente ser prorrogado o prazo de validade do título de utilização até à decisão final do procedimento de concurso, não podendo, em qualquer caso, a referida prorrogação exceder o prazo máximo de dois anos.

4 Art. 23º:

1 - Estão sujeitas a prévia concessão as utilizações privativas dos recursos hídricos referidas na Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, bem como:

- a) A implantação de serviços de apoio à navegação marítima ou fluvial, desde que impliquem investimentos avultados e integrem a prestação de serviços tais como, postos de venda para combustíveis, zona destinada à manutenção de embarcações, postos de socorros e vigilância e ou comunicações;
- b) As infra-estruturas e equipamentos de apoio à navegação de uso público, ainda que localizadas em margens e leitos privados conexos com águas públicas, desde que se revistam as características previstas na alínea anterior;
- c) A implantação de equipamentos industriais ou de outras infra-estruturas que impliquem investimentos avultados, cujo prazo de amortização seja superior a 10 anos;
- d) A utilização dos recursos hídricos do domínio público marítimo para produção de energia eléctrica a partir da energia das ondas do mar com uma potência instalada superior a 25 MW;
- e) A instalação e exploração simultânea de equipamentos e de apoios de praia referidos nos n.os 1 e 3 do artigo 63.º do presente decreto-lei.

2 - A aplicação do regime de concessão ao exercício de uma actividade em que existam várias utilizações, nos termos do n.º 2 do artigo 60.º da Lei n.º 58/2006, de 29 de Dezembro, não prejudica a observância dos requisitos específicos de todas as utilizações.

5 Art. 63º:

1 - Entende-se por apoio de praia o núcleo básico de funções e serviços infra-estruturados que, completo, integra vestiários, balneários, instalações sanitárias, postos de socorros, comunicações de emergência, informação e assistência a banhistas, limpeza da praia e recolha de lixo, podendo ainda e complementarmente, assegurar outras funções e serviços, nomeadamente comerciais.

2 - São ainda considerados apoios de praia as instalações com carácter temporário e amovível, designadamente, pranchas flutuadoras, barracas, toldos e chapéus de sol para abrigo de banhistas, estruturas para abrigo de embarcações, seus utensílios e aparelhos de pesca e outras instalações destinadas à prática de desportos náuticos e de diversões aquáticas, também designadas como apoios balneares.

3 - Entende-se por equipamentos os núcleos de funções e serviços que não correspondam a apoio de praia, nomeadamente restaurantes e snack-bares, também designados por similares de empreendimentos turísticos.

4 - Quando ao apoio de praia, apoio balnear ou equipamentos estiverem associados serviços de apoio, vigilância e segurança aos utentes é estabelecida a zona de apoio balnear, correspondente à frente de praia constituída pela faixa de terreno e plano de água adjacente ao apoio de praia, apoio balnear ou equipamento.

5 - Os apoios de praia e equipamentos referidos nos números anteriores só são permitidos em locais definidos nos planos especiais de ordenamento de acordo com a classificação das praias ou, na sua ausência, em locais especificamente demarcados e desde que:

a) Salvaguardem a integridade dos ecossistemas em presença, nomeadamente zonas húmidas e sistemas dunares;

b) Não afectem a integridade biofísica e paisagística do meio;

c) Não se incluam em áreas de riscos naturais, nomeadamente de erosão, inundações ou sujeitas a instabilidade geomorfológica, como abatimentos e escorregamentos;

d) Não sejam incompatíveis com outros usos licenciados;

e) Cumpram o disposto no Decreto-Lei n.º 163/2006, de 8 de Agosto.

⁶ **Art. 7.º:**

1. Quando se não destine a ter vigência temporária, a lei só deixa de vigorar se for revogada por outra lei.

2. A revogação pode resultar de declaração expressa, da incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes ou da circunstância de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior.

3. A lei geral não revoga a lei especial, excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador.

4. A revogação da lei revogatória não importa o renascimento da lei que esta revoga.

⁷ É a legislação surgida por fora do diploma fundamental sobre determinada matéria (OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, 4ª ed., nº 175/II).

⁸ **Artigo 4.º**

Contratos excluídos

1 - O presente Código não é aplicável aos contratos a celebrar:

a) Ao abrigo de uma convenção internacional previamente comunicada à Comissão Europeia, e concluída nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia, entre o Estado Português e um ou mais Estados terceiros, que tenham por objecto a realização de trabalhos destinados à execução ou à exploração em comum de uma obra pública pelos Estados signatários ou a aquisição de bens móveis ou de serviços destinados à realização ou à exploração em comum de um projecto pelos Estados signatários;

b) Com entidades nacionais de outro Estado membro ou de um Estado terceiro, nos termos de uma convenção internacional relativa ao estacionamento de tropas;

c) De acordo com o procedimento específico de uma organização internacional de que o Estado Português seja parte.

2 - O presente Código não é igualmente aplicável aos seguintes contratos:

a) Contratos de trabalho em funções públicas e contratos individuais de trabalho;

b) Contratos de doação de bens móveis a favor de qualquer entidade adjudicante;

c) Contratos de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis ou contratos similares;

d) Contratos relativos à aquisição, ao desenvolvimento, à produção ou à co-produção de programas destinados a emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 11.º

Artigo 5.º

Contratação excluída

...

⁹ Fazendo expressa referência ao DL 226-A/2007, v. MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, 2011, p. 26, nota 16.

¹⁰ GALVÃO TELES, *Introdução...*, *Lições*, 1952/53, p. 251; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, 4ª ed., n.º 281.

¹¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, 4ª ed., n.º 281.

¹² Terminologia adequada referida por MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 28-29.

¹³ **Artigo 24.o**

Formas de votação

1– Salvo disposição legal em contrário, as deliberações são tomadas por votação nominal, devendo votar primeiramente os vogais e, por fim, o presidente.
2– As deliberações que envolvam a apreciação de comportamentos ou das qualidades de qualquer pessoa são tomadas por escrutínio secreto; em caso de dúvida, o órgão colegial deliberará sobre a forma de votação.

3– Quando exigida, a fundamentação das deliberações tomadas por escrutínio secreto será feita pelo presidente do órgão colegial após a votação, tendo presente a discussão que a tiver precedido.

4– Não podem estar presentes no momento da discussão nem da votação os membros dos órgãos colegiais que se encontrem ou se considerem impedidos.

Artigo 44.o

Casos de impedimento

1– Nenhum titular de órgão ou agente da Administração Pública pode intervir em procedimento administrativo ou em acto ou contrato de direito público ou privado da Administração Pública nos seguintes casos:

a) Quando nele tenha interesse, por si, como representante ou como gestor de negócios de outra pessoa;

b) Quando, por si ou como representante de outra pessoa, nele tenha interesse o seu cônjuge, algum parente ou afim em linha recta ou até ao 2.º grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem viva em economia comum;

c) Quando, por si ou como representante de outra pessoa, tenha interesse em questão semelhante à que deva ser decidida, ou quando tal situação se verifique em relação a pessoa abrangida pela alínea anterior;

d) Quando tenha intervindo no procedimento como perito ou mandatário ou haja dado parecer sobre questão a resolver;

e) Quando tenha intervindo no procedimento como perito ou mandatário o seu cônjuge, parente ou afim em linha recta ou até ao 2.º grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem viva em economia comum;

f) Quando contra ele, seu cônjuge ou parente em linha recta esteja intentada acção judicial proposta por interessado ou pelo respectivo cônjuge;

g) Quando se trate de recurso de decisão proferida por si, ou com a sua intervenção, ou proferida por qualquer das pessoas referidas na alínea b) ou com intervenção destas.

2 – Excluem-se do disposto no número anterior as intervenções que se traduzam em actos de mero expediente, designadamente actos certificativos. certificativos.

Artigo 51.o

Sanção

1 – Os actos ou contratos em que tiverem intervindo titulares de órgão ou agentes impedidos são anuláveis nos termos gerais.

¹⁴ **Art. 12º:**

1 - Os títulos de utilização são atribuídos pela administração da região hidrográfica territorialmente competente, abreviadamente designada ARH.

2 - No caso em que a utilização se situe em mais do que uma área territorial, a competência para o licenciamento cabe à ARH onde se situar a maior área ocupada pela utilização ou, na impossibilidade de seguir este critério, é competente a entidade que tiver jurisdição na área onde se localiza a intervenção principal.

3 - Em áreas da jurisdição das autoridades marítimas compete aos capitães dos portos licenciar os apoios de praia previstos no n.º 2 do artigo 63.º

4 - Compete ao INAG definir e harmonizar os procedimentos necessários à atribuição dos títulos de utilização dos recursos hídricos.