



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Rui Miguel Ferreira de Moura Coutinho

**O CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL À LUZ DAS LEIS
N.º 118/2019 E N.º 30/2021: UM AVANÇO OU
RETROCESSO PROCESSUAL?**

AS NOVAS ALTERAÇÕES AO EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Administrativo, orientada pelo Professor Doutor Jorge André Carvalho Barreira Alves Correia e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Outubro de 2021



Rui Miguel Ferreira de Moura Coutinho

**O Contencioso Pré-Contratual à Luz das Leis n.º 118/2019 e n.º
30/2021: Um Avanço ou Retrocesso Processual?**

As Novas Alterações Ao Efeito Suspensivo Automático

**Pre-Contractual Litigation in the Light of Laws No. 118/2019 and No.
30/2021: A Procedural Advance or Setback?**

The New Changes to the Automatic Suspensive Effect

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Administrativo, sob orientação do Professor Doutor Jorge André Carvalho Barreira Alves Correia

Coimbra, 2021

*Ao Professor Doutor **Jorge André Carvalho Barreira Alves Correia**, deixo o meu agradecimento pela disponibilidade e apoio prestado ao longo da dissertação, mesmo com os atrasos na sua redação esteve sempre disponível para as dúvidas que me surgiram;*

*Ao **meu pai e à minha mãe**, pela educação que me inculcaram ao longo dos anos, e, também, pelo apoio que me deram para concluir o mestrado;*

*À **Ana**, por incentivar o meu progresso ao longo deste projeto, um apoio essencial para terminar a presente dissertação;*

A todos os meus amigos que, invariavelmente, contribuíram para a conclusão deste projeto ao longo dos últimos anos;

*Por último, a **Coimbra e à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, deixo um particular agradecimento por todos os ensinamentos e experiências ao longo dos anos em que foram a minha casa.*

Resumo

A presente dissertação pretende, de uma forma coerente e estruturada, analisar o regime do contencioso pré-contratual como se encontra atualmente plasmado após as alterações promovidas pela Lei n.º 118/2019 de 17.09 e Lei n.º 30/2021, de 21.05.

Como é bem sabido o contencioso pré-contratual é, de facto, volátil e tem vindo a ser alvo de diversas alterações ao longo dos anos. Por um lado, por força do próprio Direito Europeu, e, por outro lado, por força da transposição para o direito nacional e as dificuldades sentidas nessa adaptação legal.

De forma a cumprir este propósito irei abordar de uma forma sumária os primórdios do contencioso pré-contratual até, finalmente, como a figura se encontra nos dias de hoje.

De início, irei analisar os principais interesses associados ao contencioso pré-contratual bem como a figura legal inicialmente presente no Ordenamento Jurídico Português, fruto das primeira *Diretivas Recursos*.

Num segundo momento, vou aprofundar as alterações ao regime legal por força transposição da Diretiva 2007/66/CE, através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro, que instituiu alterações que permanecem até ao dia de hoje.

De forma a concluir, vou analisar a fundo as novas alterações ao regime legal, com uma maior atenção ao efeito suspensivo automático na ação de impugnação dos atos de adjudicação.

No fim, será possível verificar se estas novas alterações trouxeram uma qualquer vantagem ao regime como este se encontrava assim como indicar algumas novas formas de munir a justiça pré-contratual de melhores meios de resposta aos litígios emergentes no seu seio.

Palavras – Chave: Justiça Pré-Contratual, Contencioso Pré-Contratual, Diretivas *Recursos*, Atos de Adjudicação, Efeito Suspensivo Automático, Levantamento do Efeito Suspensivo Automático.

Abstract

The present dissertation aims, in a coherent and structured way, to analyze the regime of pre-contractual litigation as it is currently shaped after the changes promoted by Law N.º 118/2019, of 09.17 and Law N.º 30/2021, of 05.21.

As is well known, pre-contractual litigation is, in fact, very volatile and has been subject to several changes over the years. On the one hand, by virtue of European Law itself, and, on the other hand, by virtue of the transposition into national law and the difficulties felt in this legal adaptation.

In order to fulfill this purpose, I will briefly address the beginnings of pre-contractual litigation until, finally, how it stands today.

Initially, I will take in consideration the main interests associated with pre-contractual litigation as well as the legal figure initially present in the Portuguese Legal System, as a result of the initial Remedies Directives

In a second moment, I will explain the changes to the legal regime due to the transposition of Directive 2007/66/EC, through Decree-Law No. 214-G/2015, of October 2nd, which instituted changes that remain until today.

In order to conclude, I will analyze in depth the new changes to the legal regime, with greater attention to the automatic suspensive effect in the action to challenge the adjudication acts.

In the end, it will be possible to verify if these new changes brought any advantage to the regime as it was, as well as indicate some new ways of providing pre-contractual justice with better means to respond to the emerging disputes.

Keywords: Pre-Contractual Justice, Pre-Contractual Litigation, Remedies Directives, Contract Awarding Act, Automatic Suspensive Effect, Lifting of the Automatic Suspensive Effect.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Art. - Artigo

CC – Código Civil

CCP – Código de Contratos Públicos

CJA – Cadernos de Justiça Administrativa

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CPC – Código de Processo Civil

CPTA – Código de Processo Nos Tribunais Administrativos

EU – União Europeia

EM – Estados – Membro

IMPIC, IP – Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P.

JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

P. – Página

Pp. - Páginas

RDA – Revista de Direito Administrativo

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TCAN – Tribunal Central Administrativo do Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo do Sul

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal da Justiça Europeu

Índice

Resumo.....	3
Abstract.....	4
Lista de Siglas e Abreviaturas.....	5
Índice.....	6
Introdução	8
1. Contencioso Pré-Contratual: Evolução Conceitual num Contexto Europeu e Valorativo..	10
1.1. Principais Interesses Subjacentes ao Contencioso da Contratação Pública	12
a) Dos Interesses Públicos em Causa	13
b) Dos Interesses Privados em Causa.....	19
c) Do Difícil Equilíbrio dos Interesses	20
1.2. Breve Evolução do Regime Jurídico do Contencioso Pré-Contratual	22
a) A Transposição das Primeiras <i>Diretivas “Recursos”</i>	22
b) Da Introdução da Lei n.º 15/2002 e da Lei n.º 4-A/2003.....	28
1.3. A <i>Diretiva 2007/66/CE</i> e o Reconhecimento da Ineficácia Legal	34
2. Da Transposição da <i>Diretiva 2007/66/CE</i> – Uma Evolução a Vários Tempos	39
2.1. Prelúdio da Transposição	39
2.2. Das alterações promovidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015	40
a) O Âmbito do Contencioso Pré - Contratual	40
b) A Legitimidade e o Prazo no Contencioso Pré-Contratual	44
c) Tramitação e Decisão Final.....	47
d) Modificação do Objeto do Processo	49
e) Da Impugnação de Documentos Conformadores do Processo	52
2.3. Do Efeito Suspensivo Automático	56
2.4. Das Medidas Provisórias.....	68
3. O Levantamento do Efeito Suspensivo Automático Na Jurisprudência	71
4. Contencioso Pré-Contratual na Atualidade: Das Alterações promovidas pela Lei n.º 118/2019 e Lei n.º 30/2021	82

4.3. Das Alterações Promovidas no âmbito do Efeito Suspensivo Automático.....	89
5. Alguns Caminhos a Seguir.....	97
5.1. Tribunais Especializados.....	97
5.2. Arbitragem no Contencioso Pré-Contratual.....	99
5.3. Afinamentos ao Efeito Suspensivo Automático.....	104
Conclusão.....	108
Bibliografia e Webgrafia:.....	110
Jurisprudência:	119
Legislação Consultada:	123

Introdução

O contrato público, mesmo não englobando todos os contratos que podem ser celebrados pela Administração Pública¹, tem um peso considerável na economia da União Europeia (UE) bem como na própria economia Portuguesa.²

Esta realidade era plenamente reconhecida pela UE, não só pelo referido peso dos contratos públicos, mas também pela utilidade que os mesmo teriam como um instrumento do mercado que permitiria que os Estados-Membro (EM) obtivessem propostas mais sustentáveis, inclusivas e que permitissem uma utilização mais eficiente dos fundos públicos, bem como a otimização de resultados no que concerne o próprio interesse público que prosseguiam.³

No entanto, de forma a poder aproveitar as mais valias que os contratos públicos representavam, além das vantagens do mercado interno da UE, era necessário que existissem mecanismos que garantissem a concorrência, transparência e não discriminação dos operadores económicos quando estes participassem em concursos noutros EM.

Por forma a atingir este fim e conseguir adaptar a legislação processual dos Estados Membro, foram desenvolvidas três Diretivas: a *Diretiva* 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1989; a *Diretiva* 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992;

¹ No geral, os contratos da Administração Pública são contratos públicos e vice-versa, no entanto, esta realidade conhece desvios e da mesma forma que nem todos os contratos públicos são celebrados por entidades que pertencem à Administração Pública, nem sempre entidades da Administração Pública podem celebrar contratos públicos. Para mais quanto a esta questão, que agora não cumpre analisar a fundo. Para considerações mais aprofundadas, ver, GONÇALVES, Pedro Costa, “*Direito dos Contratos Públicos*”, Almedina, 2ª Edição, 2018, p. 21 a 23. Além desta obra, para mais desenvolvimentos quanto ao regime associado à contratação pública, CARVALHO, Raquel, “*Direito da Contratação Pública*”, Universidade Católica Editora, Porto, 2019, pp. 14 e ss.

² Desde logo, como consta do Relatório Anual (2019) da Contratação Pública em Portugal, efetuado pelo Instituto de Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (IMPIC I.P), no ano de 2019 o peso dos valores contratuais comunicados ao portal BASE representavam 3,26% do PIB. Além do mais, neste relatório é notório que, salvo uma pequena diminuição em 2018, o número de contratos públicos bem como o valor do mesmo tem vindo a aumentar ao longo dos anos. Para mais informação, *vide* Relatório Anual de 2019 da Contratação Pública em Portugal; IMPIC. IP, 2020. Para consulta em: <https://www.base.gov.pt/Base4/pt/noticias/2020/relatorio-anual-de-contratacao-publica-em-portugal-2019/>

³ Neste mesmo sentido, o Considerando 3 da Diretiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão.

e, finalmente, a redação que foi dada a estas pela *Diretiva* 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007.

Consequentemente, todas elas foram transpostas em alturas diferentes e com desenhos legais distintos, como iremos ver mais detalhadamente.

Os problemas que se vão colocar, e que eu pretendo abordar com mais clareza, são precisamente os relativos à forma como a transposição ocorreu para a legislação Portuguesa, nomeadamente pelas duas alterações legais mais recentes, promovidas pela Lei n.º 118/2019 de 17.09 e a segunda pela Lei n.º 30/2021 de 21.05. Estas alterações, especialmente no que concerne o efeito suspensivo automático, mudaram o paradigma que se sentia na revisão de 2015⁴ do CPTA.

De todo o modo, e antes de atingir este ponto final, irei dividir a dissertação em cinco momentos diferentes: no primeiro capítulo vamos abordar a evolução inicial do contencioso pré-contratual bem como os interesses associados ao seu regime; no segundo capítulo vamos debruçar-nos sobre a transposição da redação efetuada pela *Diretiva* de 2007 em 2015, cujos traços gerais ainda se mantêm no dia de hoje; num terceiro capítulo será analisada aquela que tem sido a interpretação da jurisprudência quanto a uma das questões mais sensíveis do regime em causa; seguidamente, o quarto capítulo será dedicado às novas redações legais impostas pelas Leis *supra* referidas e a sua adequação e pertinência de forma a compreender se estas representaram um verdadeiro avanço, retrocesso ou uma mistura dos dois. No último capítulo, vamos ver de que forma é que este regime legal poderia ser redigido, bem como abordar algumas figuras que podem ser relevantes para uma maior efetividade e celeridade da justiça pré-contratual.

⁴ Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02.10

1. Contencioso Pré-Contratual: Evolução Conceitual num Contexto Europeu e Valorativo

Como ponto prévio, e com o propósito de estruturar de uma forma coerente o raciocínio quanto às mais recentes alterações a este regime legal, é necessário compreender a sua evolução desde o seu surgimento no Ordenamento Jurídico Português.

Este contexto é particularmente pertinente no que concerne este regime jurídico por diversas razões: (i) desde logo, há uma necessidade de adequação e adaptação perante a influência europeia presente no regime da contratação pública e respetivo regime contencioso⁵, (ii) por outro lado, é necessário equilibrar os vários interesses subjacentes ao próprio regime, um exercício que, como veremos, pode ser de uma complexa geometria.

Mais concretamente, está aqui em causa a adaptação da legislação Portuguesa como consequência natural da necessidade da transposição das disposições presentes na *Diretiva 89/665/CEE do Conselho*⁶, na *Diretiva 92/13/CEE do Conselho*⁷ e, mais tarde, nas correções introduzidas pela *Diretiva 2007/66/CE*⁸ do Parlamento Europeu e do Conselho. Esta imposição marca, de uma forma clara, a influência do Direito Europeu⁹ e a pretendida convergência legal nos diversos ordenamentos jurídicos num sentido de aumentar a concorrência entre Estados-Membro.

⁵ Como exemplarmente referido por Isabel Celeste Fonseca, estamos perante um “*fenómeno jurídico de europeização do domínio jurídico público (...) convergência jurídica é claramente significativa no domínio da contratação pública, incluindo o regime relativo ao seu contencioso.*”, in FONSECA, Isabel Celeste M., “*A Directiva (Recursos) N.º 2007/66/CE: O Reforço da Efectividade do Contencioso Pré-Contratual – What Else?*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol. 5, p. 49

⁶ De 21 de dezembro de 1989 que “*coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos*”

⁷ De 25 de fevereiro de 1992, “*relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações*”

⁸ De 11 de dezembro de 2007, “*que altera as Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos*”

⁹ Como de todo o modo é indicado por Raquel Carvalho, in Op. Cit. “*Direito da contratação...*”, pp. 16 a 19

De uma forma sumária, que será desenvolvida *infra*, o principal propósito das aludidas *Diretivas*¹⁰ seria o de garantir que os Estados-Membro, num contexto de abertura dos contratos públicos à concorrência comunitária, promoviam um “*aumento substancial das garantias de transparência e de não discriminação*”, assim como a respetiva resposta legal e processual, por se reconhecer que os procedimentos existentes seriam insuficientes para acautelar as disposições comunitárias.

De forma a tentar atingir este propósito, e conforme vem estatuído no artigo 2.º da *Diretiva* de 1989, pretendia-se que os Estados garantissem aos operadores económicos um sistema que, quando estes apresentassem recursos contra as decisões das entidades adjudicantes, tivesse como consequência medidas provisórias no sentido de corrigir as eventuais violações ou, até, impedir que fossem causados outros danos aos interesses em causa na adjudicação de contratos de direito público ou a execução de qualquer decisão tomada pelas entidades adjudicantes, anular ou fazer anular decisões ilegais e, em última instância, conceder indemnizações às pessoas lesadas pela violação.¹¹

Para tal, e como referido por Adolfo Mesquita Nunes, as versões iniciais das *Diretivas* em causa apostavam “*na consagração de uma musculada tutela cautelar que pudesse favorecer a emissão de uma decisão judicial antes da celebração do contrato, devidamente acompanhada pela exigência de formas processuais céleres e eficazes.*”¹² Refere até que há uma preocupação em fornecer ao autor processual todos os meios necessários à defesa dos seus interesses antes de uma eventual celebração do contrato.¹³⁻

14

¹⁰ Também referidas por muitos autores como “*Diretivas Recursos*”, a título exemplificativo, LEITÃO, Alexandra, “*A proteção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*”, Almedina, 2002, p. 312

¹¹ Sobre a influência pretendida com as primeiras *Diretivas*, CARANTA, Roberto, “*Remedies in EU Public Contract Law: The Proceduralisation of EU Public Procurement Legislation*”, in *Review of European Administrative Law*, 2015, pp. 76-81 e, de forma mais aprofundada, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes e CADILHA, António, “*O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos : perspetivas face à directiva 2007/66/CE (segunda diretiva "meios contenciosos")*”, Almedina, 2013, pp. 13-27

¹² *Cfr.*, NUNES, Adolfo Mesquita, “*Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da directiva 2007/66/CE*”, in *Revista de Direito Público e Contratação*, 2009, p. 39

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ Como referido por Cláudia Viana, medidas como a proibição de execução, bem como decretamento provisório de providências poderiam responder a este propósito. *Cfr.*, VIANA, Cláudia, “*A prevenção do “facto consumado” nos procedimentos de contratação pública – uma perspetiva de direito comunitário*”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 68, p. 35

Em suma, era reconhecida a fragilidade dos meios legais presentes nos Estados-Membro para que a abertura da contratação pública à concorrência comunitária se efetivasse, com a devida proteção dos interessados e a possibilidade da sua participação com garantias de transparência e de não discriminação.

Mas, como iremos ver, a transposição para o direito nacional deste imperativo da *liberalização do mercado da contratação pública*¹⁵ teve vários momentos e diversas dificuldades na sua efetivação sistemática.

De todo o modo, cumpre efetuar, além de um breve sumário das *primeiras Diretivas e primeira transposição*, um balanço daqueles que são os vários *interesses*, ou dito de outro modo, *valores*, associados ao regime jurídico em causa.

1.1. Principais Interesses Subjacentes ao Contencioso da Contratação Pública

Um dos pontos primordiais a considerar nesta exposição tem de ser, necessariamente, quais os interesses que vão estar em causa com a transposição das *Diretivas Europeias* e de que forma é que estes vão ser afetados e podem ser valorados na conformação da legislação nacional. Isto é, quando é efetuada a introdução legal do Contencioso Pré-Contratual, quais vão ser os vários interesses que vão ser afetados e que vão estar ligados no processo pré-contratual até obter a adjudicação final do contrato.

Como vamos constatar, os interesses e valores em causa reclamam uma ponderação equilibrada, fruto da sua oposição natural. Esta ponderação é de tal complexidade que, não obstante a boa vontade do legislador e dos tribunais, poderá a configuração legal vigente ser mais prejudicial para um ou outro lado ou parte.

Como refere Rodrigo Esteves de Oliveira¹⁶, “*não há uma opção ótima ou sem “collateral damages”, mas apenas soluções melhores ou menos boas no contexto de um*

¹⁵ Expressão oportunamente utilizada por CADILHA, Carlos Fernandes e CADILHA, António *in Op. Cit. “O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos...”*, p. 13.

¹⁶ Nesse caso, a referência só se aplicava ao efeito suspensivo automático, mas poderia ser estendida ao regime no geral.

equilíbrio complexo entre interesses contrapostos”¹⁷. Aliás, este entendimento já tinha sido invocado pelo autor quando expressou que “*o contencioso pré-contratual(...) continua a suscitar questões juridicamente delicadas, sendo relativamente difícil saber a que argumentos deve reconhecer-se prevalência e qual a interpretação correta do regime da lei*”.¹⁸ No entanto, não obstante as dificuldades referidas, tornou-se imperativa a criação de um quadro legal adequado a todas as pretensões em causa que, no fim de contas, não prejudique o *interesse público*.¹⁹

Ao longo dos anos vários autores foram referindo os interesses em causa e o seu equilíbrio²⁰, no entanto, e de forma a simplificar e sistematizar os mesmos, é possível efetuar uma divisão, também ela construída por António Cadilha e Carlos Cadilha, dividindo, por um lado, em *interesses públicos* e, por outro lado, *interesses privados*.²¹

a) **Dos Interesses Públicos em Causa**

Quando falamos em *interesses públicos* em causa é necessário ter em conta toda a legalidade do procedimento concursal e, em consequência, a legalidade da própria atuação da Administração Pública durante esse procedimento, assim como, por outro lado, a própria *prossecação do interesse público*²² e a obtenção das melhores soluções como objetivo da Administração Pública.²³

¹⁷ Cfr. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, “*A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 115, p.19

¹⁸ Cfr. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, “*O contencioso urgente da Contratação Pública*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 78, p.3

¹⁹ Quando refiro aqui interesse público é num sentido diverso do mais amplo, que irei abordar *infra*, de as pessoas e as populações com uma determinada necessidade não verem a sua execução protelada ao abrigo de atrasos na conformação legal.

²⁰ Cfr. NUNES, Adolfo Mesquita, *Op. Cit.* “*Contratação Pública a duas velocidades...*”, p. 35 e ss, assim como CADILHA, António e CADILHA, Carlos, *Op. Cit.* “*O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos*”, pp. 28 e ss.

²¹ Divisão efetuada por, além destes autores in “*O Contencioso Pré-Contratual e o Regime de Invalidez dos Contratos Públicos*” p. 28 e ss, por ANDRADE, José Carlos Vieira, “*A Justiça Administrativa*”, Almedina, 2019, p. 242.

²² Já referido, a título exemplificativo, por Sue Arrowsmith, que indicava a necessidade de promover o *interesse público* em mercados abertos. Cfr. ARROWSMITH, Sue “*The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK.*”, Volume 1, 2014, p. 943

²³ Como referido por Freitas do Amaral, “*Definido o interesse público pela lei, a sua prossecação pela Administração é obrigatória, visto ser essa mesma atividade que justifica a autonomização da administração no quadro das funções do Estado e a razão de ser da existência de uma Administração em*

De forma a concretizar esta divisão de interesses, está aqui em causa (i) a promoção dos princípios da transparência e concorrência associados à contratação pública²⁴, (ii) a segurança jurídica das partes e estabilidade do “Mercado de Contratação Pública”, assim como (iii) o aproveitamento das soluções que surgem desse mesmo mercado. Além do referido, temos o próprio (iv) interesse público subjacente à celebração do contrato e a eficiência da atuação administrativa, e, finalmente, (v) a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva forte para todos os que participam nos procedimentos em causa.

Quanto aos vários princípios associados à contratação pública, as diretivas europeias que os tratam²⁵, pretendem, uma otimização do “Mercado de Contratação Pública”. Como refere Ana Raquel Moniz, “sob a égide da ideia de good governance, as finalidades últimas da afirmação da ética neste contexto consistem em revitalizar o funcionamento da Administração pública, incrementar a transparência e a integridade dos serviços, fomentar a consequente confiança entre os cidadãos e as entidades públicas e alcançar uma mais eficiente satisfação do interesse público no quadro do direito”.²⁶ Pelo que, quando olhamos para os procedimentos pré-contratuais aliados à contratação pública, estes devem respeitar e ser pensados de forma a integrar os princípios associados à Contratação Pública, bem como, em última instância, garantir que há uma maior tendência para o seu cumprimento através dos mecanismos que vão, precisamente, ser utilizados quando surge alguma ilegalidade no procedimento concursal.

sentido orgânico”, Cfr. AMARAL, Freitas, “Curso de Direito Administrativo. Volume II”, Almedina, 4ª Edição, 2018, p. 35

²⁴ Também se poderiam colocar em referência outros princípios, cuja própria existência acaba por estar ligada a estes e que devem sempre ser seguidos nos procedimentos de contratação pública, como é o caso dos princípios da *proporcionalidade, igualdade e não discriminação, imparcialidade, legalidade e discricionariedade*, no entanto, o que está aqui em causa, isto é, o Contencioso Pré-Contratual, estes são os princípios que são mais particularmente tutelados. Reconhecendo, como é natural, que acabam por estar ligados a todos os outros princípios. Para mais sobre os vários princípios inerentes à contratação Pública, vide, GONÇALVES, Pedro Costa, Op. Cit, “Manual de Direito dos Contratos Públicos”, pp. 323 a 348 e MONIZ, Ana Raquel, “Princípios da Contratação Pública”, in Revista de Contratos Públicos, 2016, pp.25 a 68

²⁵ Sendo as mais recentes a Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, a Diretiva 2014/25/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, energia, transporte e serviços públicos, a Diretiva 2014/23/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à adjudicação dos contratos de concessão.

²⁶ Cfr. MONIZ, Ana Raquel, Op. Cit. “Princípios da Contratação Pública”, p.37

De forma a expor, com alguma brevidade, a sua relevância, o princípio da *concorrência* é referido como “*pano de fundo do alcance a conferir aos demais princípios*”²⁷ ou como o “*princípio tronco da contratação pública*”²⁸.

O que está em causa com este princípio é a exigência à Administração Pública, e no caso em concreto, às entidades adjudicantes sejam elas uma parte integrante da Administração Pública ou não, que tratem por igual todos os operadores económicos, recorrendo a métodos de adjudicação que sejam abertos a todos os interessados. Além do mais, também se exige que o seu tratamento ao longo do concurso seja igualitário, resultando numa igualdade de participação num plano procedimental²⁹.

Ao harmonizar a legislação dos vários Estados-Membro é possível atingir o fim pretendido por este princípio, com a possibilidade de os vários operadores económicos participarem com sucesso e com a devida proteção em países terceiros. Da mesma forma, uma tutela que tenha em consideração as virtualidades da concorrência levam a uma “*maior abertura do procedimento pré-contratual que permita a chamada de várias propostas propiciadoras de uma comparação entre elas, em articulação com o princípio da economicidade*”, o que por sua vez será melhor para o erário público.³⁰⁻³¹

Por outro lado, o *princípio da transparência* tem como propósito na contratação pública, assim como nos momentos pré-contratuais, “*garantir a ausência de qualquer risco de favoritismo ou de arbítrio da parte da entidade adjudicante*”³². bem como exigir que “*todas as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca*”.³³ Este princípio também visa a limitação dos poderes discricionários da entidade adjudicante para identificar e aplicar os critérios de adjudicação. Além do mais, está ligado intimamente às exigências da abertura de

²⁷ Cfr. MONIZ, Ana Raquel, Op. Cit., “*Princípios da contratação...*”, p. 47

²⁸ OLIVEIRA, Mário Esteves e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, “*Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*”, p. 184, *apud Op. Cit.* GONÇALVES, Pedro Costa, “*Manual de Direito dos Contratos...*”, p.332

²⁹ Neste sentido, Cfr.. Cit., GONÇALVES, Pedro Costa, op.cit., “*Manual de Direito...*”, p. 333

³⁰ Cfr. MONIZ, Ana Raquel, Op. Cit., “*Princípios da Contratação Pública*”, p. 48

³¹ Também refere esta Autora que várias concretizações práticas decorrem deste princípio, como é o caso de: *primazia dos procedimentos abertos, preferência por procedimentos mais publicitados, objetividade das especificações técnicas, objetividade e racionalidade dos critérios de adjudicação, objetividade das condições de execução do contratos e estabilidade do contrato. Ibidem*, pp. 49 e 50

³² Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, Op. Cit., “*Manual de Direito...*”, p. 340

³³ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, 29.04.2004, *Comissão/CAS Succhi Di Frutta*, Processo C-496/99

concorrência dos contratos públicos, assim como a salvaguarda de que todos tenham a possibilidade de formular os seus termos e a participar, sabendo que vão ser tratados com respeito quanto a valores de isenção, objetividade e imparcialidade da adjudicação.³⁴

De todo o modo, as exigências de *transparência e concorrência* na contratação pública bem como nos trâmites pré-contratual, obrigam a que sejam criados os devidos mecanismos que tenham em particular atenção a sua garantia, como pretendido pelas *Diretivas*.

Ao mesmo tempo, as próprias garantias obtidas pelos particulares com o regime do contencioso pré-contratual, que mais uma vez se reitera, visa também o cumprimento dos princípios atinentes à contratação pública, vai ter uma influência positiva no Mercado de Contratação Pública³⁵.

Pese embora essa vertente, também tem de ser salvaguardada a estabilidade dos contratos que surgem no seu seio, o que apenas ocorre se houver menor litigiosidade ou, por outro lado, uma célere resolução e estabilização dos dissídios que possam surgir. Isto tem a sua importância porque um operador económico que participa nestes concursos tem a expectativa de um lucro associado à execução, se houver um reconhecimento generalizado que os problemas legais podem obstar à contratualização os operadores económicos vão afastar-se destes procedimentos. Dessa forma, um regime legal que permita uma solução célere ou, quando tal não seja possível, uma indemnização pesada e até dissuasora de novas ilegalidades por parte da entidade adjudicante, podem ser positivas para a estabilização das relações contratuais.

Por outro lado, o mercado de Contratação Pública oferece, como referem António e Carlos Cadilha, “*as vantagens de índole económica e técnica que para a Administração podem advir da tramitação deste procedimento*”.³⁶ Assim, através do Mercado de Contratação Pública, as entidades adjudicantes podem obter as melhores propostas para os contratos que pretendem com a inerente implicação de uma menor despesa pública ou,

³⁴ Nesse sentido, MONIZ, Ana Raquel Op. Cit., “*Princípios da Contratação Pública*”, pp. 61 a 63

³⁵ Cuja estabilidade é de grande relevância, Nesse mesmo sentido, PEDRO, Ricardo e OLIVEIRA, António Mendes “*Código de Processo nos Tribunais Administrativos - Anotação à Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, e às medidas legislativas em matéria de Covid-19*”, Almedina, 2020, p. 182

³⁶ Cfr., CADILHA, Carlos e CADILHA, António, Op. Cit., “*O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos Contratos...*”, p.45

para a mesma despesa pública, melhor qualidade na execução contratual. Está então subjacente uma *preocupação economicista e garantindo um melhor value for the Money*³⁷⁻³⁸⁻³⁹

Além da própria proposta também há um interesse ligado à execução das prestações objeto do contrato e a eficiência da atuação administrativa. A celebração de contratos públicos é essencial para o bom funcionamento da Administração Pública, e das entidades adjudicantes no geral, funcionando como um instrumento essencial para o cumprimento das mais variadas tarefas de interesse público que se propõe a realizar bem como o seu próprio funcionamento.

O que está em causa não é só e apenas o funcionamento dos serviços administrativos das entidades adjudicantes, mas também o interesse público ligado à necessidade de satisfazer necessidades coletivas concretas, e, ainda, as funções associadas ao intervencionismo económico do estado⁴⁰.

Isto claro, sem olvidar a impreterível “*dimensão temporal da satisfação das necessidades colectivas*”. Com isto o que pretendo dizer é que o procedimento concursal, bem com os demais incidentes que surjam no seu caminho, têm de culminar numa celebração contratual que possa contribuir para o interesse público que se pretendia realizar em tempo útil e desejado, apenas assim se consegue um aproveitamento eficiente dos contratos públicos.⁴¹

Em suma, o caminho até à adjudicação do contrato tem de ser suficientemente célere para garantir que o contrato em causa é celebrado quando ainda é necessário, ou, sem

³⁷ *Ibidem* p. 46

³⁸ No mesmo sentido, Pedro Costa Gonçalves quando se refere à finalidade contratação pública indica que, para alguns Autores, *a regulação da contratação cumpre o objetivo precípua da economicidade, e, portanto, da procura do best value for Money*. GONÇALVES, Pedro Costa, “*Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*”, Coimbra Editora, 2013, pp. 384 e 385

³⁹ Além de diversos interesses estratégicos, como o acesso das PME e políticas horizontais na contratação (como políticas ambientais, sociais, laborais). Para mais, Op. Cit. CARVALHO, Raquel, “*Direito da Contratação Pública*”, pp. 54 a 60

⁴⁰ Neste sentido, CADILHA, Carlos Fernandes e CADILHA, António Cfr. *op. Cit.* “*O Contencioso Pré-Contratual e o Regime de Invalidez...*”, p. 38

⁴¹ Cfr. CADILHA, Carlos Fernandes e CADILHA, António, *op.cit.*, “*O contencioso pré-contratual...*”, p.43. Estes autores referem igualmente que, de forma a uma celebração mais rápida de contratos e uma maior eficiência da atividade administrativa, se assistiu a “*uma tendência aceleratória dos procedimentos de contratação pública, com o aumento de situações em que se poderia recorrer ao ajuste direto, regras tendentes à desmaterialização e simplificação procedimental assim como regras relativas à tramitação dos procedimentos tendentes à supressão ou mitigação de fases e formalidade supérfluas.*”

prejuízo para a entidade adjudicante pela demora da adjudicação. Tal como resulta da própria lei fundamental, bem como do Código de Procedimento Administrativo, a função administrativa pauta-se por corolários como celeridade e eficiência.⁴²

Deve então a atividade pré-contratual ser conduzida “*de modo a garantir a prossecução e execução ótima das tarefas administrativas às quais os contratos públicos estão funcionalizados.*”⁴³ O procedimento pré-contratual e contratual tem de ter em conta a dimensão temporal de satisfação das necessidades coletivas e o momento concreto em que tais necessidades surgem, sem impossibilitar a concretização das necessidades das entidades adjudicantes.

Finalmente, um dos grandes objetivos associados à *Diretivas* é a garantia da tutela jurisdicional efetiva para todos os interessados que se encontram a participar nos procedimentos.

Está aqui em causa, como referido por *Vieira de Andrade*, “*o direito de acesso ao direito e aos tribunais; depois, o direito a obter uma decisão judicial em prazo razoável e mediante processo equitativo; por fim, o direito à efetividade das sentenças proferidas*”.⁴⁴

Consequentemente, o “*desenho legal*” do contencioso pré-contratual tem de possuir mecanismos e prazos suficientemente eficazes para, seja através de efeitos suspensivos, tutela cautelar ou medidas provisórias, permitir, com a devida celeridade, garantir os direitos dos interessados em participar nos procedimentos e que não sejam ilegalmente afastados, assim como proteger os interessados da arbitrariedade das entidades adjudicantes. Através do reforço dos mecanismos que permitam uma melhoria da tutela jurisdicional efetiva, além de se pautar pela legalidade do próprio procedimento contratual, também levará a que a melhor entidade seja escolhida para a execução contratual, e dessa forma temos um contributo direto para uma correta prossecução do interesse público.

⁴² Como refere o CPA no seu artigo 5.º, n.º 1, “*A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.*”

⁴³ Cfr. CADILHA, Carlos Fernandes e CADILHA, António, Op. Cit., “*O contencioso pré-contratual...*”, p.42

⁴⁴ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira, Op. Cit., “*Justiça Administrativa*”, p. 149

Apesar das necessárias preocupações com a tutela jurisdicional efetiva, tem de ser feito um equilíbrio, por forma a que não resulte um “*prejuízo de ordem financeira para as entidades adjudicantes, danos para os serviços públicos e seus utentes, e para o adjudicatário ou demais interessados em contratas com a entidade adjudicante*”⁴⁵ com os entraves colocados pelo necessário regime legal de contencioso pré-contratual.

b) Dos Interesses Privados em Causa

Numa perspetiva diferente, quando referimos os interesses privados⁴⁶ estão em causa dois interesses específicos: (i) por um lado, os *interesses dos concorrentes que se julgam ilegalmente preteridos, e conseqüentemente têm interesse em ganhar o concurso por motivos económicos, (ii) por outro lado, o interesse do concorrente escolhido como adjudicatário que pretende que se formalize o contrato assim como o início rápido da execução do mesmo.*

Como é evidente, e como tem de ficar estabelecido *a priori*, os concorrentes do procedimento concursal têm interesse de ordem económica que é representado pela possibilidade de se tornarem adjudicatários.

Por essa razão, são necessários meios processuais adequados de forma a que, os concorrentes que tenham sido ilegalmente afastados, e por esse motivo tenham perdido a sua oportunidade de celebrar o contrato em causa, possam reverter essa situação manchada por uma ilegalidade. O seu interesse pode representar um mero interesse económico nas vantagens de celebrar o contrato ou até um interesse económico mais profundo ligado à própria sustentabilidade e “*sobrevivência*” financeira do operador.

Ao mesmo tempo, os meios processuais têm de ser capazes de, caso seja possível, permitir que o concorrente afastado seja compensado através de uma reconstituição natural, isto é, recolocar o processo pré-contratual onde estava se não houvesse infração,

⁴⁵Apesar de aqui a Autora só se referir quanto ao efeito suspensivo automático, a verdade é que deverá ser visto como um todo para o contencioso pré-contratual. Cfr. FONSECA, Isabel Celeste, Op. Cit., “*A Diretiva...*”, p.58

⁴⁶ Ou como Carlos Cadilha e Antónia Cadilha referem, *interesses subjetivos privados*. Cfr. Op. Cit. “*O Contencioso Pré-Contratual e o Regime de Invalidez...*”, p. 29

ou, por outro lado, uma indemnização específica.⁴⁷ No entanto, o funcionamento como um todo dos mecanismos processuais a ser criados tem de ser suficientemente musculado para dissuadir as entidades adjudicantes de praticar qualquer tipo de ilegalidade, por entenderem que as consequências que podem advir das mesmas são muito superiores ao benefício que pretendem alcançar. Assim, o risco essencial que se pretende impedir é o da criação de uma *situação irreversível* que impeça a realização do interesse da empresa que foi afastada.⁴⁸

Quanto ao concorrente que tenha “*ganho*” o procedimento, este tem interesse na manutenção da situação em causa e, nesse sentido, na prevalência de valores tutelados na ordem jurídica como a segurança jurídica e estabilidade das relações contratuais. Aliás, a sua posição como vencedor vai permitir que tenha uma vantagem económica, expectativa que este terá após vencer o procedimento, além do próprio interesse que a entidade adjudicante vai ter com a rápida concretização do contrato de forma a salvaguardar a necessidade que levou ao procedimento contratual em causa. Como veremos *infra*, em algumas situações o *interesse público* associado à execução contratual poderá levar a que o contrato efetivamente seja celebrado, mesmo com a ilegalidade, sendo certo que a entidade ilegalmente preterida poderá obter uma indemnização.

Consequentemente, o cocontratante tem uma posição jurídica que merece tutela ao abrigo do princípio da segurança jurídica e da proteção de confiança e interesse na estabilidade da tutela dos compromissos contratuais assumidos pela entidade adjudicante e consequente estabilidade da relação contratual.⁴⁹

c) Do Difícil Equilíbrio dos Interesses

Após as breves súmulas quanto aos vários interesses em causa é de notar que existe um difícil equilíbrio entre todos eles.

⁴⁷ Neste mesmo sentido, CADILHA, Carlos Fernandes e CADILHA, António, Pp. Cit., “*O Contencioso Pré-Contratual...*”, p.32

⁴⁸ Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, op. cit., “*Avaliação do Regime Jurídico do Contencioso pré-contratual urgente*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 62, p.5

⁴⁹ Neste mesmo sentido, CADILHA, Carlos Fernandes e CADILHA, António, Op. Cit., “*O Contencioso Pré-Contratual...*”, pp. 34 e 35

Desde uma natural contradição entre os interesses da entidade que foi afastada, cuja sua pretensão é que o procedimento volte a decorrer de forma a que tenha hipóteses de ter sucesso, mesmo que isso implique atrasos na execução contratual e na adjudicação, contra, por outro lado, a própria entidade que foi escolhida e tem todo o interesse na estabilização e formalização célere do contrato, para que o possa executar plenamente.

Ao mesmo tempo, teremos o interesse da entidade adjudicante que pretende uma rápida celebração do contrato assim como o cumprimento das necessidades coletivas através das prestações contratuais em causa, com as consequentes vantagens para o *interesse público*. Isto sem esquecer que o contrato poderá ter alguma urgência associado ao mesmo, isto é, poderá ser prejudicial para o próprio *interesse público* a demora na adjudicação do contrato, por este ter uma certa dimensão temporal associada.

No entanto, este mesmo interesse público terá ganhos com contratos devidamente tramitados em que a entidade adjudicatária final seja a concorrente com a melhor proposta e que tenha as melhores condições de execução do contrato, bem como com o aproveitamento das vantagens oferecidas por um mercado de contratação pública mais aberto.

Tudo isto enquanto se tem atenção a uma abertura à concorrência e às empresas comunitárias, garantindo a todo o momento que estas não são impedidas de participar. Isto é, apesar do interesse público muitas vezes associado à rápida execução dos contratos e das prestações subjacentes, é necessário garantir que haja concorrência plena entre as empresas.

Para que tudo funcione plenamente tem de haver uma forte tutela jurisdicional efetiva e meios processuais, sejam mais definitivos ou mais ligados à tutela cautelar, mas cuja decisão seja célere sem por isso limitar a possibilidade de defesa dos concorrentes que se julguem ilegalmente preteridos. No entanto, também têm de existir mecanismos para se dar o cumprimento contratual de imediato, quando a urgência para o *interesse público* assim o preveja, mesmo que tal acarrete uma eventual indemnização para a entidade afastada.

Nesse sentido, os mecanismos previstos no contencioso pré-contratual e a forma como são construídos vão ter uma dificuldade. Por um lado, se forem excessivamente protetores

das entidades ilegalmente preteridas, podem causar danos no que concerne as necessidades coletivas que se pretendem cumprir bem como o prejuízo a entidade adjudicante, no entanto, se não for suficientemente musculada, poderá levar a diversas ilegalidades procedimentais, violação de princípios presentes na contratação pública e a ausência de uma tutela jurisdicional que se quer efetiva, premiando as entidades adjudicantes e entidade escolhida indevidamente.

Pelo exposto, torna-se claro que não é possível agradar a todas as partes e devem então ser criados mecanismos processuais que sejam equilibrados, mas que, mesmo assim, permitam uma rápida estabilização contratual de forma a que se consigam cumprir as prestações contratuais relevantes para o *interesse público*. No entanto, é certo que o *interesse público* também se concretiza na legal adjudicação de contratos e na devida proteção legal dos interessados no contrato.

1.2. Breve Evolução do Regime Jurídico do Contencioso Pré-Contratual

a) A Transposição das Primeiras *Diretivas “Recursos”*

De forma a seguir a construção do regime atual cumpre indicar, de uma forma pouco exaustiva, mas congruente, o regime associado às *Diretivas* assim como a transposição inicial e as suas insuficiências.

Num primeiro momento, foi aprovada em 21 de dezembro de 1988 a *Diretiva* 89/665/CEE, que coordenava as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimento. Mais tarde, foi ainda aprovada a *Diretiva* 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa aos procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

Como já aludido, o seu propósito, no que respeita a abertura dos contratos públicos à concorrência comunitária, seria o de assegurar um “*aumento substancial das garantias*

de transparência e não discriminação e que (...), para que dessa abertura resultem efeitos concretos, que existam meios de recurso eficazes e rápidos em caso de violação de direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que transpõem esse direito”.

Entendeu-se igualmente que era notória uma ausência de meios de recursos eficazes que permitissem que empresas comunitárias operassem noutros Estados – Membro. Assim, através destas *Diretivas*, foram estabelecidas algumas regras e formas processuais para atingir esse fito.

Os mecanismos sugeridos nestas *Diretivas*, na altura ainda pouco desenvolvidos, se focariam nas medidas provisórias para corrigir a violação em causa, a anulação de decisões ilegais ou de disposições técnicas, económicas ou financeiras, bem como indemnizações.⁵⁰ Também se deve dizer que num momento inicial, os processos de recurso por si só não deveriam ter efeitos suspensivos automáticos⁵¹, como vamos abordar *infra* essa perspetiva mudou drasticamente alguns anos mais tarde. Existia igualmente uma preocupação com a estabilização contratual, pelo que era indicado que “*após a celebração do contrato na sequência de um contrato de direito público, os poderes da instância de recuso responsável se limitem à concessão de indemnização de qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma violação.*”

Fora estas considerações quanto ao regime previsto nas *Diretivas*, releva neste momento a transposição concreta no caso Português. Esta só se deu em 1998⁵²⁻⁵³, através do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, quase 10 anos após o surgimento da primeira Diretiva. Até esse momento procuravam-se assegurar os direitos dos interessados através

⁵⁰ Artigo 2.º, n.º 1 da Diretiva de 1989

⁵¹ Artigo 2.º, n.º 3 da Diretiva de 1989

⁵² De todo o modo, para uma visão mais aprofundada no que concerne o regime Jurídico pré-transposição *vide*, GONÇALVES, Pedro Costa, “*Contencioso Administrativo pré-contratual*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 44, pp. 4 e 5; AYALA, Bernardo Diniz de, “*A tutela contenciosa dos particulares em procedimentos de formação de contratos da Administração Pública: reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de maio*”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 14, pp. 3 e ss e ESTORNINHO, Maria João, “*A propósito do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, e das alterações introduzidas ao regime de contencioso dos contratos da Administração Pública...*”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 11, p.3 e ss

⁵³ Para mais detalhes relativamente à evolução histórica anterior a 2002, *vide*, GOMES, Carla Amado, “*A Justiça Administrativa (1976/2016)*”, in “*40 anos de políticas de justiça em Portugal*”, coord. Maria de Lurdes Rodrigues, Coimbra, 2017; ANDRADE, José Vieira, “*A Justiça Administrativa*”, Almedina, 17.ª edição, outubro de 2019, pp. 23 a 40; GONÇALVES, Pedro Costa, Op. Cit., “*Contencioso administrativo ...*”, pp. 3 a 11

da legislação vigente, considerada até então como potencialmente suficiente para responder aos desígnios das Diretivas.⁵⁴

Antes desta transposição, recorria-se ao regime geral de impugnação de atos administrativos presentes na então Lei do Processo nos Tribunais Administrativos⁵⁵, assim como às medidas cautelares aí previstas.⁵⁶

Pese embora esta decisão inicial, tornou-se claro que os meios de tutela jurisdicional não eram suficientes para responder aos complexos problemas que se colocavam e, desse modo, foi necessário realizar uma verdadeira transposição das Diretivas Recursos.

Como referido por Maria João Estorninho⁵⁷, para justificar a essencialidade desta transposição são apontadas duas razões específicas no preâmbulo deste Decreto-Lei. Ora, por um lado *“refere-se o facto de esta Diretiva comunitária impor que “seja assegurada uma tutela célere e eficaz dos interesses dos particulares nos processos de formação dos referidos contratos”*. Por outro lado, *partindo do artigo 268.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, (...) e afirma-se que “tal versão, ao garantir tutela jurisdicional efetiva dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados, nomeadamente a impugnação de quaisquer atos administrativos lesivos, independentemente da sua forma, e a adoção de medidas cautelares adequadas, vai ao encontro dos objetivos visados pela diretiva”*.

Como dito anteriormente, com a transposição da Diretiva deveriam ser criados mecanismos para corrigir ilegalidades que resultassem da violação do direito comunitário

⁵⁴ Bernardo Ayala entendia, por exemplo, que, não obstante ter clarificado uma série de soluções e ter algumas vantagens na certeza e segurança jurídica, assim como a sua necessidade por força da imposição Europeia, não houve uma inovação substancial com o Decreto Lei n.º 134/98. E ainda que, da forma como se articulava o recurso contencioso de anulação de atos administrativos, a impugnação de normas regulamentares, as ações sobre contratos administrativos, responsabilidade civil e a ação para o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido, dava teoricamente satisfação às exigências da Diretiva. *Cfr. Op. Cit.* Bernardo Diniz Ayala, *“A tutela contenciosa dos particulares...”*, p. 23

⁵⁵ Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de julho, e com as subsequentes alterações.

⁵⁶ *Cfr. DIAS, Paulo Linhares, “O contencioso pré-contratual no Código do Processo nos Tribunais Administrativos”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, VOL II, Set 2007, pp. 756 a 763.* Como referido pelo próprio, *o Estado Português num momento inicial considerou que a legislação vigente, isto é, o regime de impugnação dos atos administrativos e de normas previsto no LPTA, assim como as medidas cautelares aí previstas, seriam suficientes. Assim como os meios de tutela graciosa previstos nos diplomas de contratação pública. No entanto, aquando da transposição através do Decreto-Lei n.º 134/98 de 15 de dezembro, foi admitido que se pretendia colmatar as insuficiências da tutela jurisdicional.*

⁵⁷ *Cfr ESTORNINHO, Maria João, Op. Cit., “A propósito do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, e das alterações introduzidas ao regime de contencioso dos contratos da Administração Pública...”*, p.3

nelas disposto ou, no próprio direito nacional resultante da sua transposição, promovendo, dessa forma, uma eficaz garantia da tutela jurisdicional.

As questões que se colocam agora são as seguintes: (i) de que forma é que ocorreu essa transposição, (ii) se foi suficiente para acautelar as preocupações presentes nas Diretivas. Isto sem esquecer se as próprias Diretivas eram suficiente para resolver as questões a que se propunham, o que, como se verá, merece uma resposta negativa.

Quanto à primeira questão, a transposição inicial das “*Diretivas Recursos*” deu-se com três introdução relevantes. Como indicado por Maria João Estorninho⁵⁸, fundamentalmente ocorreu: i) a criação de uma forma de recurso urgente contra todos os *atos administrativos* ofensivos dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados em sede de formação destes contratos, nos termos do artigo 2.º a 4.º ii) a possibilidade de estes lançarem medidas provisórias, também estas urgentes, destinadas a impedir que sejam causados outros danos aos interesses a acautelar, nos termos do artigo 5.º, e ainda, iii) regula-se o dever do Estado informar a Comissão da Comunidades Europeias e os poderes de intervenção destas junto do Estado e entidades adjudicantes, nos termos do artigo 6.º e 7.º.

Num momento inicial, não isento de críticas, o novo regime apenas seria aplicável a *atos administrativos* relativos à formação de contratos de empreitada de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens⁵⁹ permanecendo os restantes sujeitos ao *regime geral*. Por outro lado, entendia-se que a restrição a *atos administrativos*⁶⁰, decorrente da leitura do Decreto-Lei, afastava os anúncios ou programas de concursos⁶¹-⁶².

A garantia da legalidade destes documentos no âmbito de um Concurso Público é relevante no propósito encetado pelas Diretivas e, a ausência de tutela especificada quanto

⁵⁸ Cfr. ESTORNINHO, Maria João, Op. Cit. “*A propósito do Decreto-Lei...*”, p.3

⁵⁹ Cfr. o estatuído no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de maio de 1998

⁶⁰ Para mais informação quanto a questões atinentes à impugnabilidade ou não das disposições dos anúncios, programas de concurso e cadernos de encargos, uma questão que era colocada na altura, *vide, ob. Cit.*, AYALA, Bernardo Diniz, Op. Cit., “*A tutela contenciosa dos particulares...*”, pp. 4 e 5

⁶¹ Sendo que o debate relativo à sua natureza se prendia mais com a sua classificação como regulamento, Cfr CABRAL, Margarida Olazabal, “*O concurso Público nos Contratos Administrativos*”, Coimbra, 1997, p.241, *apud ob. Cit.* “*A tutela contenciosa dos particulares...*”, p.5, nota 8

⁶² No mesmo sentido indica Bernardo Diniz Ayala que “*ficam de fora do âmbito de aplicação do diploma, por exemplo, regras ínsitas nos anúncios ou nos programas de concurso, cuja natureza pode ser controvertida, mas não se reconduz, seguramente, à de atos administrativos*”

a estes elementos por parte da lei, poderia suscitar problemas de eficácia e celeridade⁶³⁻
⁶⁴. Nesse mesmo sentido, Bernardo Ayala indica que as peças em causa podem ser
“*ofensivas dos valores tutelados*” pela diretiva, além de algumas disposições poderem
ser imediatamente exequíveis. A ausência de uma tutela especificada teria como
consequência que o meio idóneo para questionar a validade destes elementos seria o
recurso de normas regulamentares.⁶⁵

Consciente destas dificuldades, em 2003⁶⁶ foram efetuadas alterações que clarificaram
esta situação, como veremos *infra*.⁶⁷

Também se colocava a questão, por força da redação do artigo 2.º do Decreto-Lei, se
quando este referia “*todos os atos administrativos relativos à formação de contratos*”
pretendia marcar um limite da competência do juiz, ficando o contrato propriamente dito
e os eventuais atos de execução fora do âmbito de aplicação do diploma.⁶⁸⁻⁶⁹

No que diz respeito à introdução de medidas provisórias, o diploma legal dispunha no
seu artigo 2.º, n.º 2 que era possível requerer medidas provisórias “*destinadas a corrigir
a ilegalidade ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa,
incluindo medidas destinadas a suspender o procedimento de formação de contrato*”.

Neste ponto houve alguma divergência quanto à utilidade acrescida, ou não, destas
medidas.

⁶³ Cfr. Ob. Cit. “*A tutela contenciosa dos particulares...*”, p.5

⁶⁴ Também referido in GONÇALVES, Pedro Costa, Op. Cit., “*Contencioso Administrativo Pré-Contratual*”, p.5, nota 7, ao referir que os mecanismos criados pelo Estado deveriam, além de anular as decisões ilegais, “*suprimir as especificações técnicas económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o processo de adjudicação do contrato em causa.*”

⁶⁵ Cfr. AYALA, Bernardo Diniz, Op. Cit., “*A tutela contenciosa dos Particulares...*”, p.5

⁶⁶ Através da Lei n.º 4-A/2003 de 19.02. Sendo que esta Lei, de 19 de fevereiro, alterou o ETAF e CPTA o que adiou a entrada destes diplomas para 2004.

⁶⁷ Como indica Cláudia Viana, este problema não se colocava nas Diretivas em si, não passando de um problema unicamente a nível nacional. Cfr. VIANA, Cláudia “*Recentíssimas alterações do contencioso relativo à formação de contratos públicos*”, CJA, n.º 37, p.9

⁶⁸ Cfr. AYALA, Bernardo Diniz, Op. Cit., “*A tutela contenciosa dos particulares...*”, p.7

⁶⁹ Apesar de apenas referir de uma forma sumária esta questão, o Autor também colocava outras questões ainda quanto a este ponto prévio, como a necessidade da utilização prévia de certas garantias procedimentais, o efeito da celebração do contrato na pendência de processos de recurso contencioso ou decretamento de medidas provisórias já desencadeados, o âmbito de aplicação no que tange os tipos de contratos a celebrar. Para uma análise mais aprofundada do regime aquando da sua transposição e das questões que se colocavam, vide AYALA, Bernardo Diniz, op. cit., “*A tutela contenciosa dos particulares...*”, pp. 5 ss

Por um lado, Maria João Estorninho elogiou esta adição, que já se impunha há alguns anos, e que poderia ser um instrumento fulcral para garantir a utilidade prática da impugnação jurisdicional de atos procedimentais e colmatar as dificuldades existentes no sistema, no entanto, reconhecia algumas dificuldades práticas. Desde logo, a previsão de que “*as consequências negativas para o interesse público*” teriam de exceder “*o proveito a obter pelo requerente*”. Tal muitas vezes poderia não ter sucesso, com os tribunais a decidir optar pela defesa do interesse público, visto que o interesse do requerente era considerado como meramente económico, assim, o “*interesse público que está por detrás da celebração de um qualquer contrato por parte da Administração Pública seria sempre mais relevante do que o interesse de um único concorrente.*”⁷⁰

Noutro sentido, Bernardo Diniz Ayala considerava que, “*não obstante inovador em comparação com a LPTA, este regime limitou-se a consagrar soluções que já poderiam ser obtidas por outras vias, nomeadamente pela então aplicação subsidiária do processo civil.*”⁷¹

De uma forma sumária, esta primeira transposição introduziu regras para imprimir maior celeridade aos processos, nomeadamente pela redução de prazos processuais (para 15 dias), restrição de admissibilidade de prova e das medidas provisórias, além contribuir, como indicado pelos próprios Autores já citados, para “*uma maior certeza e segurança no que tange aos instrumentos processuais ao dispor dos interessados e ao tipo de juízos que se pede ao tribunal*”.⁷²

De forma a responder à segunda questão que coloquei *supra*, não foi suficiente para resolver os problemas que se colocavam no âmbito do regime processual associado à contratação pública.

Além das dificuldades colocadas pela ponderação associada às medidas provisórias, este regime não garantia uma defesa em tempo útil. Pois vejamos, se o particular não pedisse a anulação do acto pré-contratual e não obtivesse a paragem do mesmo através

⁷⁰ Cfr. ESTORNINHO, Maria João, Op. Cit., “*A propósito do Decreto-Lei...*”, pp. 7 e 8

⁷¹ Para mais sobre isto, vide, AYALA, Bernardo Diniz, Op. Cit. “*A tutela contenciosa dos particulares*”, pp. 16 e 17

⁷² Cfr. AYALA, Bernardo Diniz, Op. Cit., “*A tutela contenciosa dos particulares...*”, p. 18

das medidas provisórias, o mais provável era a celebração do contrato antes da decisão do recurso de anulação.⁷³

A estes problemas da transposição nacional também acresciam problemas próprios da *Diretiva*, sendo estes (i) *o facto de se aplicar apenas a contratos de empreitadas de obras pública e de prestação e fornecimento de bens e serviços*, (ii) *limitação do recurso aos atos praticados no âmbito da formação dos contratos* e (iii) *a insuficiência das medidas cautelares previstas*.⁷⁴

b) Da Introdução da Lei n.º 15/2002 e da Lei n.º 4-A/2003

Se é verdade que ocorreu uma transposição inicial com raízes humildes e que estava dependente do entendimento dos tribunais para ter uma aplicação efetiva, teve o mérito de reconhecer que deveria haver uma tutela especificada quando ao contencioso administrativo pré-contratual, servindo de ponto de partida para uma alteração mais estruturada e com um cariz mais substancial entre os anos de 2002 e 2004.

Tal decorre da aprovação do “*novo*” CPTA em 2002, através da Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, alterado e republicado pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de fevereiro, cuja entrada em vigor se deu a 1 de janeiro de 2004.⁷⁵

Na nova configuração legal o regime do contencioso pré-contratual passou a constar do artigo 100.º a 103.º. A nova sistematização resolveu algumas das imperfeições referidas previamente e que já tinham sido sujeitas a crítica ao longo da vigência do regime anterior por vários setores da doutrina.

Desde logo, procedeu ao aumento do âmbito de aplicação objetiva a contratos de concessão de obras públicas. Em simultâneo possibilitou no seu artigo 100.º, n.º 2 a impugnação de normas constantes dos programas de concurso e cadernos de encargos⁷⁶.

⁷³ Cfr. ESTORNINHO, Maria João, Op. Cit., “*A propósito do Decreto-Lei...*”, p. 9

⁷⁴ Cfr. LEITÃO, Alexandra, Op. Cit. “*A protecção Judicial de Terceiros nos Contratos da Administração Pública*”, p. 319

⁷⁵ Cfr. DIAS, Paulo Linhares, Op. Cit., “*O Contencioso pré-contratual no...*”, p 765

⁷⁶ Anteriormente a interpretação quanto à possibilidade de impugnar estes documentos era dúbia, aqui foi esclarecido.

Por outro lado, permitiu que os sujeitos de direito privado tivessem legitimidade passiva no âmbito de procedimento pré-contratuais especificamente regulados por normas de direito público e, finalmente, a alteração do prazo de recurso de anulação de 15 dias para um mês, que terminou com a questão da aplicabilidade obrigatória ou facultativa deste regime em relação ao regime geral do contencioso administrativo⁷⁷.

Em termos sumários, neste momento o regime do contencioso pré contratual permitia (i) *impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos e empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens (100.º n.º1)*, (ii) *a possibilidade da impugnação direta, ao abrigo do disposto na presente secção, o programa do concurso, o caderno de encargos ou qualquer outro documento conformador do procedimento de formação dos contratos mencionados no número anterior, com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras que constem desses documento (100.º n.º2)*, (iii) *a impugnação dos atos dirigidos à celebração de contratos do tipo previsto no 100.º n.º 1 que sejam praticados por sujeitos privados, no âmbito de um procedimento pré-contratual de direito público e ainda (iv) o próprio contrato se vier a ser celebrado na pendência do processo de impugnação de qualquer dos atos referidos previamente (102.º n.º 4)*.

Quanto aos pedidos formuláveis, as possibilidades além da impugnação e invalidação de decisões administrativas de conteúdo positivo, prendem-se com a invalidação dos documentos conformadores, com a invalidação do contrato e com o pedido de indemnização e ainda, por desígnio jurisprudencial, o pedido de condenação à prática de acto procedimental devido, mas omitido ou recusado e o pedido de declaração de ilegalidade por omissão de normas quando referente a um ato pré-contratual.⁷⁸

No que diz respeito à impugnação dos documentos conformadores do procedimento, presente no artigo 100.º, n.º 2 do CPTA, tornou-se possível de uma forma clara a impugnação direta do programa do concurso, do caderno de encargos ou de qualquer outro documento conformador dos procedimentos abrangidos, independentemente de se considerar aqui como norma mediatamente ou imediatamente operativa.

⁷⁷ Cfr. DIAS, Paulo Linhares, Op. Cit., “*O contencioso pré-contratual no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, p. 766

⁷⁸ Cfr. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Op. Cit., “*O Contencioso urgente da contratação pública*”, p. 8

No entanto, continuavam a colocar-se questões quanto às ilegalidades invocáveis no contencioso pré-contratual⁷⁹.

Ficávamos também, mais uma vez perante um regime dualista. Isto é, quando estivessem em causa os contratos abrangidos pelo artigo 100.º então o regime obrigatório será o do processo urgente de contencioso pré-contratual, no entanto, quanto aos contratos não referidos, será aplicada a ação administrativa especial⁸⁰.

Isto resultava da inserção sistémica do contencioso pré-contratual no novo CPTA que levava a uma aproximação à Ação Administrativa Especial ao invés da Comum⁸¹ em tudo aquilo que não estivesse estipulado nos artigos 100.º e ss. Daqui resultava igualmente que os particulares poderiam formular os pedidos presentes no artigo 46.º, desde que se limitassem aos atos previstos no artigo 100.º do CPTA.

De referir também que, à semelhança do que aconteceria com os atos administrativos, o regime de impugnação de documentos conformadores seria obrigatório, pelo que os interessados não poderiam recorrer à ação administrativa especial quando estivesse em causa o previsto no n.º 100, n.º 2 do CPTA de então.⁸²

No que concerne o âmbito de aplicação, como exemplarmente explanado por Pedro Costa Gonçalves, seguiu o caminho de uma opção *minimalista*, ao aplicar-se, unicamente, aos contratos previstos na Diretiva. Na altura poderiam ter ido mais longe e aplicar o regime concreto à generalidade dos contratos precedidos de um procedimento

⁷⁹ A questão do alcance das ilegalidades invocáveis no contencioso pré-contratual é explicada por Rodrigo Esteves de Oliveira, que indicava a existência de 3 teses quanto a esta questão. A tese do alcance mínimo (apenas a violação das normas de publicidade e concorrência de fundo comunitário), a do alcance médio (a violação de qualquer princípio e regra de cariz pré-contratual que tenha como objeto a disciplina ou conformação jurídica do procedimento de formação do respetivo contrato) e a de alcance máximo (que incluiria quaisquer normas, independentemente da natureza pré-contratual). No entendimento de Rodrigo Esteves de Oliveira o entendimento prevalecente será que no mínimo deverá ser o alcance médio, no entanto, também se poderia arguir a tese de alcance máximo com o limite natural de invocar questões que não tenham relevância para a validade do procedimento adjudicatório em causa. Para mais considerações Cfr. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Op. Cit., “*O Contencioso Urgente da contratação Pública*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 78, pp. 6 e 7

⁸⁰ Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, Op. Cit., “*Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente*”, p.3

⁸¹ Esta aproximação seria dada pela interceção dos artigos 37.º, 46.º e 100.º do CPTA. Para mais quanto a esta questão, vide, DIAS, Paulo Linhares, Op. Cit., “*O Contencioso Pré-Contratual...*”, pp. 777 a 779

⁸² Neste sentido, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Op. Cit., “*O Contencioso Urgente da Contratação Pública*”, p. 13

administrativo pré-contratual prévio.⁸³ Apesar de tal posição, como sublinhado por Paulo Linhares Dias, já era uma realidade na jurisprudência a interpretação no sentido de considerar que a leitura mais consentânea com a coerência normativa a de abarcar outros tipos de contratos, como as concessões de serviços.⁸⁴

Contudo, a verdade é que houve uma ampliação em relação à lei anterior, ao acrescentar os contratos de concessão de obras públicas e quanto às disposições conformadoras do concurso, ficando por resolver a aplicabilidade aos contratos de concessão de serviços e aos atos destacáveis, que já tinham colocado questões no regime anterior.⁸⁵

Quanto ao prazo, no artigo 101.º era consolidado o prazo de *um mês* a contar da notificação dos interessados ou a partir do conhecimento o efetivo, com o prazo de recurso jurisdicional reduzido a metade, 15 dias, conforme o artigo 147.º. Menos pacífica era a questão da aplicabilidade dos prazos relativamente a *atos nulos*, com a jurisprudência dominante a entender que aqui o prazo também se aplicaria pelo carácter urgente, mesmo que tal tivesse encontrado vozes menos concordantes quanto a este ponto na doutrina.⁸⁶⁻
87

Sem esquecer, nesta altura já se aplicava ao contencioso pré-contratual o artigo 59.º, n.º 4 do CPTA, que indicava que se houvesse alguma *impugnação administrativa facultativa* o prazo suspender-se-ia e só voltaria a contar a partir do momento em que fosse notificada a resposta à reclamação, do recurso administrativo ou se passar o prazo legal para o órgão se pronunciar, no caso da inércia do mesmo.⁸⁸

⁸³ Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, Op. Cit. “*Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente*”, p.6

⁸⁴ Cfr. DIAS, Paulo Linhares, Op. Cit. “*O Contencioso Pré-Contratual.*”, p. 781 a 785

⁸⁵ Para um aprofundamento quanto à ausência destas figuras no âmbito de aplicação, que por neste momento não merecerem uma atenção acrescida, vide Op. Cit. Paulo Linhares Dias, “*O Contencioso...*”, pp. 792 e 793

⁸⁶ Num sentido divergente, temos GONÇALVES, Pedro Costa, Op. Cit. “*Avaliação do regime jurídico do contencioso...*”, p. 8

⁸⁷ No entanto, como refere Rodrigo Esteves de Oliveira, no caso de uma “nulidade oculta ou velada, o prazo só começa a contar do conhecimento do motivo invalidante” e poderia sempre ser arguida desde que não tivesse como propósito a declaração de nulidade do acto. Cfr. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Op. Cit., “*O contencioso urgente...*”, p.10 e 11

⁸⁸ Para mais informação relativamente à questão dos prazos vide OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Op. Cit., “*O contencioso urgente da contratação pública*”, p. 11 e 12

No entanto, quanto ao momento em que o prazo começaria a correr, Rodrigo Esteves Oliveira considera que não deveria contar propriamente do acesso ao documento em causa, mas sim, a partir do momento em que o interessado ficou em condições de deduzir a impugnação judicial, o momento em que a ilegalidade do documento se tornou numa questão do procedimento.⁸⁹

Quanto à tramitação, naquilo que não fosse referido, seria supletivamente aplicável o regime *ação administrativa especial* previsto nos artigos com as alterações constantes do artigo 102.º do CPTA⁹⁰. No entanto, apesar de na generalidade dos casos ser este o regime, em algumas situações do contencioso pré-contratual deveriam ser aplicadas as disposições pertinentes ao tipo de pedido que for feito salvo na parte que deva prevalecer a regulação do contencioso pré-contratual.

Uma inovação da nova redação legal era a atinente ao artigo 102.º, n. º5 que previa a modificação objetiva da instância, isto é, o de garantir a reparação dos danos que o autor sofreu quando ilegalmente afastado numa situação de impossibilidade absoluta, sendo que aqui, o tribunal não profere sentença, mas antecipa a decisão e convidava as partes a determinar um montante de indemnização ou a seguir os trâmites previstos no 45.º do CPTA.⁹¹

Esta formulação na altura levou a múltiplas questões, desde logo quanto à necessidade de o tribunal ter ou não de se pronunciar na sentença quanto à ilegalidade do procedimento, visto que ao não ter de proferir sentença o autor teria sempre direito à indemnização sem qualquer juízo sobre a legalidade. Não obstante, mais tarde e através da jurisprudência, se ter concluído que o tribunal teria sempre de proferir sentença.⁹²

⁸⁹ Ou ainda, um mês após o acto final de adjudicação, *Cfr.* OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, *Op. Cit.*, “*O Contencioso urgente da contratação pública*”, pp. 14 e 15

⁹⁰ Um regime caracterizado pela redução dos articulados à petição e contestação, com alegações apenas quando tenha sido pedida ou requerida prova, podendo ainda esta ser substituídas por alegações orais quando o tribunal optasse pela audiência pública. *Cfr.* DIAS, Paulo Linhares, *Op. Cit.* “*O contencioso...*”, p.792 e 793

⁹¹ *Cfr.* DIAS, Paulo Linhares, *Op. Cit.*, “*O contencioso...*”, p. 796

⁹² *Ibidem*, p. 797

Todavia, existiam outras dúvidas por resolver, desde logo, como articular um pedido de indemnização autónomo com a figura referida *supra*, qual o prazo para deduzir esse pedido, e, ainda como calcular o montante da indemnização em si.⁹³

Apesar destas introduções, a ideia final que permanece é que não obstante um processo mais célere, o interesse do autor em evitar a celebração do contrato não se encontrava ainda devidamente acautelada. Aliás, aquilo que este regime permitia, verdadeiramente, era o cumprimento mais célere do interesse na estabilização dos procedimentos pré-contratuais e o início da execução dos contratos públicos.⁹⁴

Além do mais, era a opinião de Pedro Costa Gonçalves que a matéria presente nos artigos 40.º, 63.º, n.º 2 e 132.º do CPTA seria suficiente para satisfazer, quase integralmente, as exigências das “*Diretivas – Recursos*”.⁹⁵

Releva então referir que este artigo, o 132.º do CPTA, consagrava a tutela cautelar aplicável tanto ao regime pré-contratual urgente como à própria ação administrativa especial, quando estivesse em causa a formação de contratos. Este artigo tratava as providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contrato, o mecanismo que, em termos práticos, impediria a consolidação de uma *situação irreversível* da execução do contrato.⁹⁶

Apesar da nova formulação legal constante das Leis que temos vindo a abordar, muitas questões ficaram por resolver, Como Isabel Celeste Carvalho⁹⁷ indicava, mesmo após a transposição ainda existiam diversas dúvidas, nomeadamente: *(i) a natureza imperativa e exclusiva do contencioso pré-contratual urgente e à articulação entre os mecanismos*

⁹³ Para uma resposta mais cabal a estas questões à data, que agora não merecem uma maior análise, vide DIAS, Paulo Linhares, Op. Cit., “*O contencioso...*”, p. 795 a 799 E, numa visão crítica no que concerne a indemnização EIRÓ, Vera “*Que indemnização é esta?*” – *A aplicação do artigo 102.º, n.º 5, do CPTA*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2007, n.º 62, pp. 57 e 58. Bem como ALMEIDA, Mário Aroso, “*Ilegalidades pré-contratuais, impossibilidade de satisfazer a pretensão do autor e indemnização devida*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2013, n.º 98, pp. 18 a 22

⁹⁴ Cfr. GONÇALES, Pedro Costa, Op. Cit., “*Avaliação do regime jurídico...*”, p.5

⁹⁵ *Ibidem*, p. 7

⁹⁶ Não podendo fazer uma visão extensiva deste artigo, mas reconhecendo as dificuldades que convocava, para uma visão mais ampla, vide GONÇALVES, Pedro Costa, Op. Cit. “*Avaliação do regime...*”, p.4, nota 2. Bem como MARTINS, Ana Gouveia, “*Algumas questões sobre a concessão de providência cautelares no âmbito dos procedimentos de formação de contratos*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2011, n.º 85, pp. 9 a 16. Ainda, vide DIAS, Paulo Linhares, Op. Cit. “*O contencioso pré-contratual nos...*”, pp. 771 a 777

⁹⁷ Cfr. FONSECA, Isabel Celeste, Op. Cit., “*Diretiva (Recursos) n.º 2007/66/CE: o reforço da efetividade...*”, p. 59

*previstos no 100 e 132, (ii) ao prazo de impugnação de atos nulos, (iii) os meios de prova possíveis em tais processos e (iv) aos procedimentos cautelares aplicáveis neste domínio do contencioso pré contratual.*⁹⁸

Mas se por um lado muitas dúvidas existiam no direito nacional, também no plano transnacional se colocavam.

Com a aceleração dos procedimentos de contratação pública, tornou-se claro que as *Diretivas* naquele momento não seriam suficientes para cumprir o seu propósito, e, nesse sentido, tornou-se necessária nova regulamentação.

1.3. A Diretiva 2007/66/CE e o Reconhecimento da Ineficácia Legal

Num claro reconhecimento da insuficiência dos efeitos das anteriores *Diretivas* na resolução dos problemas a que se propunham, e de forma a alterar os mecanismos internos presentes nos vários Estados-Membro com vista melhorar a eficácia do contencioso pré – contratual, houve necessidade da introdução da “*Directiva 2007/66/CE, de 1 de dezembro de 2007, do Parlamento Europeu e do Conselho*”.

De acordo com a própria, e após consulta com os interessados diretos, ficou patente que existiam “*algumas deficiências nos mecanismos de recurso existentes nos Estados-Membros*”, sendo que tal impedia o “*respeito do direito comunitário*”.⁹⁹⁻¹⁰⁰

Em termos mais concretos, no desenho da nova *Diretiva e consequentes Diretivas revistas* ficou patente que, entre as deficiências assinaladas, a maior seria *a inexistência de um prazo que permita interpor um recurso eficaz, entre o momento da decisão de*

⁹⁸ Além destes efeitos, ver NUNES, Adolfo Mesquita, Op. Cit., “*Contratação Pública a duas velocidades: a transposição...*”, pp.40 e 41

⁹⁹ Como refere Roberto Caranta, “*it was found that the mechanisms established by first remedies directives did not always make it possible to ensure compliance with what has become EU law, especially at a time when infringements could still be corrected.*”, Cfr. CARANTA, Roberto “*Remedies in EU Public Contract Law: The Proceduralisation of EU Public Procurement legislation*”, Review of European Administrative Law, Volume 8, 2015, p. 79

¹⁰⁰ Para mais contextualização quanto ao processo de elaboração desta nova *Diretiva* ver, CARDILHA, António e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “*O contencioso pré.-contratual e o regime...*”, pp. 47 a 62

*adjudicação e a celebração do contrato em causa, o que resultava nas entidades adjudicantes assinarem um contrato o mais rapidamente possível.*¹⁰¹

O que estava aqui em causa era, de uma forma simplista, impedir o fenómeno de *corrida à assinatura de contratos e os casos de adjudicação ilegal direta de contratos.*¹⁰²

Tratava-se da ausência de uma disposição “*para assegurar um período razoável aos interessados para que lancem mão eficazmente dos mecanismos de recurso, sendo certo que a disposição de que se carece deve prever um período de tempo de espera para que a entidade adjudicante possa celebrar o contrato, após a emissão da decisão de adjudicação*”¹⁰³

Ao mesmo tempo, também foram introduzidas “*diretrizes no que respeita à disciplina substantiva que rege a própria execução dos contratos públicos a título de sanção, pronunciando a privação de efeitos dos contratos públicos a título de sanção, por em causa poder estar certo tipo de violações ao direito comunitário ou a normas jurídicas internas concretizadoras do direito comunitário*”¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

Deste modo, aquilo a que a nova Diretiva se propunha, nas palavras de Isabel Celeste de Carvalho¹⁰⁶, seria “*revigorar o direito à tutela jurisdicional efetiva dos interessados em contratar com as entidades adjudicantes e reforçar a aplicabilidade e a eficácia do direito europeu da contratação pública, nomeadamente os princípios da igualdade de tratamento, não discriminação e transparência.*”

¹⁰¹ Conforme o considerando 4 da Diretiva de 2007.

¹⁰² ESTORNINHO, Maria João, “*A recente transposição da Diretiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu*”, Revista de Contratos Públicos, N. °1, 2011, p.24

¹⁰³ Tal realidade já tinha sido convocada num dos acórdãos mais paradigmáticos desta matéria, de Comissão/Áustria, de 24 de junho de 2004. Nele ficou reconhecido que a “*a ausência de uma disposição expressa a este respeito não pode justificar uma interpretação da Diretiva 89/665 segundo a qual as decisões de adjudicação dos contratos às de direito publico escapariam sistematicamente às medidas que, nos termos do artigo n.º 2, n.º1 da Diretiva, devem ser adotadas para os efeitos dos recursos referidos no artigo 1.º*”. Também Isabel Celeste Fonseca refere que aqui, verdadeiramente, o que ficou sublinhado foi a necessidade da previsão de uma clausula de *standstill*. Cfr. FONSECA, Isabel Celeste, Op. Cit., “*Diretiva n.º 2007/66/CE...*”, p.63

¹⁰⁴ Cfr. FONSECA, Isabel Celeste, Op. Cit., “*Diretiva (Recursos) n.º 2007/66/CE...*”, p.63

¹⁰⁵ Como referido no considerando 13 da Diretiva, “*A fim de lutar contra a adjudicação ilegal de contratos por ajuste direto (...) dever-se-á prever uma sanção efetiva, proporcionada e dissuasiva (...) um contrato resultante de uma adjudicação ilegal por ajuste direto deverá, em princípio, ser considerado desprovido de efeitos*”.

¹⁰⁶ Cfr. FONSECA, Isabel Celeste, Op. Cit., “*Diretiva (Recursos)...*”, p.51

Ainda, no entendimento de Adolfo Mesquita Nunes, o que acontece é que estas alterações têm como resultado final o de “*criar não só mecanismos de urgência contenciosa como igualmente estabelecer um conjunto de mecanismos de desaceleração procedimental tendentes à atempada reação contencioso às ilegalidades ocorridas nos procedimentos de contratação pública*”¹⁰⁷.

Desta forma, e como Adolfo Mesquita Nunes sumariza exemplarmente, os mecanismos que foram então considerados para tentar garantir esta efetividade foram: (i) *a suspensão, em princípio, da celebração do contrato por um período mínimo de 10 dias, o chamado prazo de standstill, a contar da data de notificação, devidamente fundamentada, aos operadores*¹⁰⁸, (ii) *no artigo 2.º e 3.º da Directiva é referido que, caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independentemente da entidade adjudicante, os EM devem assegurar que a entidade não possa celebrar o contrato antes de a instância do recurso ter tomado uma decisão, não podendo essa suspensão cessar antes do termos do referido prazo de standstill, e ainda, (iii) no caso dos Estados obrigarem a uma reclamação graciosa prévia deve ser garantido que essa apresentação leva à suspensão imediata da celebração do contrato, não podendo essa suspensão cessar no prazo mínimo de 10 dias consecutivos, a contar da data em que a entidade adjudicante tiver enviado a resposta.*¹⁰⁹

Por sua vez, as *Diretivas Revistas* indicam no 2.º-D¹¹⁰, n.º 1, b), que os EM devem “*assegurar que o contrato seja considerado desprovido de efeitos (...)*” quando os contratos sejam celebrados em violação dos prazos suspensivos ou do efeito suspensivo automático, demonstrando a relevância e clara aposta nesta nova imposição. Bem como nos casos em que a entidade adjudicante tiver adjudicado um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no JOUE, sem que tal seja permitido.

¹⁰⁷ Cfr. NUNES; Adolfo Mesquita, Op. Cit., “*Contratação Pública a duas velocidades...*”, p.36

¹⁰⁸ Tem como vantagem a possibilidade de, nesse período, os concorrentes verificarem se faz qualquer sentido recorrer a tribunal e, nesse período, o contrato não ser de imediato celebrado. Cfr. GOUVEIA, Paulo Pereira, Op. Cit., “*Revisão das “Diretivas Recursos” ...*”, p. 194

¹⁰⁹ Cfr. NUNES, Adolfo Mesquita, Op. Cit., “*Contratação Pública a duas velocidades...*”, pp. 42 e 43

¹¹⁰ Assim como nos casos em que a entidade adjudicante tiver adjudicado um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no JOUE, sem que tal seja permitido, bem como nas situações em que o Estado-Membro tiver invocado a exceção à aplicação do prazo suspensivo para os contratos baseados num acordo-quadro e num sistema de aquisição dinâmico.

Nos termos do artigo 2.º-E, também seria concedida a possibilidade aos EM, se assim decidirem, de *“estabelecer que a instância de recurso independente da entidade adjudicante decida, depois de avaliados todos os aspetos relevantes, se o contrato deve ser desprovido de efeitos ou se devem ser impostas sanções alternativas¹¹¹”*. De todo o modo, todas estas sanções seriam, ou deveriam ser, dissuasivas do comportamento das entidades, permitindo aqui sanções pecuniárias ou reduções da duração do contrato.

Além de tudo o exposto, a *Diretiva* também indica nos seus considerandos que, *“o interesse económico na manutenção dos efeitos do contrato só pode ser considerado razão imperiosa se, em circunstâncias excecionais, a privação de efeitos acarretar consequências desproporcionadas.”* Consequentemente, o artigo 2.º-D das Diretivas Revistas, concretiza que não deve constituir razão imperiosa de interesse geral o interesse diretamente relacionado com o contrato em causa. Como referido por Adolfo Mesquita Nunes *“aqui podem incluir-se os custos ligados, por exemplo, ao atraso na execução do contrato, os custos de abertura de um novo procedimento de adjudicação, os custos resultantes da mudança de operador económico que executa o contrato e os custos das obrigações legais resultantes da privação de efeitos”*, não funcionando como uma razão indiscriminada para manter os efeitos do mesmo. Deste modo, esta privação de efeitos seria o meio mais idóneo para restabelecer a concorrência e de criar novas oportunidades para os operadores económicos, ao invés de uma mera indemnização¹¹²

No caso português em concreto, a necessidade de um novo tratamento do contencioso pré-contratual também se tornava imperativo considerando que, na prática, existia grande dificuldade para obter uma sentença judicial de anulação de um contrato público, sendo que tal se devia, nas palavras de António Cadilha, a vários motivos justificativos, nomeadamente: (i) *quando o tribunal se pronunciava sobre a questão o contrato já estava plenamente executado*, (ii) *por se entender que a sua anulação representava uma prejuízo inaceitável para o interesse público subjacente ao contrato* ou ainda *porque (iii) o decurso do tempo tornava os tribunais mais sensíveis à posição do cocontratante alicerçada nos valores de segurança e estabilidade jurídica, a prática demonstrava, em*

¹¹¹ Como a aplicação de sanções pecuniárias e a redução da duração do contrato.

¹¹² Cfr. NUNES, Adolfo Mesquita, Op. Cit, *“Contratação pública a Duas Velocidades...”*, p. 46

suma, que a anulação de contratos públicos na sequência da anulação de atos pré-contratuais da entidade adjudicante era uma situação claramente excepcional".¹¹³

Ora, como referido *supra* a transposição inicial das diretivas para a Lei Portuguesa não conseguiram materializar o objetivo pretendido, mesmo com a tutela cautelar aquilo que se obtinha era a estabilização de situações jurídicas e, quando havia dúvida, um pendore para o cumprimento do interesse público que invariavelmente afastava as legítimas expectativas de quem pretendia ver o seu direito tutelado, muitas das vezes com a criação de situações de facto irreversível.

Em termos práticos eram então essenciais várias alterações ao regime português. Esta urgência levou a uma transposição *a meio gás* em 2010, que não acautelou de uma forma realista as imposições do Direito Europeu¹¹⁴, como iremos abordar *infra*.

Pelo contrário, apenas se refletiu em reduzidas alterações no Código de Contratos Públicos, sem alterar o CPTA de então. Situação que motivou dúvidas quanto à verdadeira transposição.¹¹⁵

Nesse sentido, impunha-se uma verdadeira alteração aprofundada do regime Português que, como veremos, durou muito mais do que seria suposto.

¹¹³ Cfr. CADILHA, António, "Contencioso Pré-Contratual", in JULGAR, n.º 23, 2014, p.208, bem como CADILHA, António e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., "O contencioso pré-contratual...", pp. 48 e 49

¹¹⁴ Nesse mesmo sentido, GOUVEIA, Pedro Pereira, "Revisão das "Diretivas Recursos" em tempos de Crise?", JULGAR, n.º 23, 2014, p.198

¹¹⁵ CABRAL, Margarida Olazabal, "Processos Urgentes Principais – Em especial, o contencioso pré-contratual", Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 94, 2012, p. 46

2. Da Transposição da *Diretiva 2007/66/CE* – Uma Evolução a Vários Tempos

2.1. Prelúdio da Transposição

Por força das alterações introduzidas com a *Diretiva 2007/66/CE* havia uma necessidade da adaptação do direito nacional, mormente, o direito processual. De facto, os problemas que se sentiam quanto à tutela dos participantes em procedimentos concursais nos restantes Estados – Membro, e que levou a uma renovada *Diretiva*, também tinham eco no Direito Nacional.

Este sentimento era reconhecido pelos vários intervenientes no processo, não só os tribunais e os interessados, mas também os próprios mandatários. Como aludido pela voz de Margarida Olazabal Cabral, “*a sensibilidade do advogado do contencioso pré-contratual, sobretudo quando é mandatário do autor, é de uma falta de crença total na obtenção de uma decisão de fundo*”, desde logo a demonstrar as dificuldades que se colocavam na vida prática.¹¹⁶

No entanto, a primeira resposta do legislador nacional, de forma a efetivar a transposição da *Diretiva* de 2007, foram pequenas alterações através do Decreto-Lei n.º 131/2010 de 14 de dezembro, que apenas se repercutiram no Código de Contratos Públicos.¹¹⁷

A alteração mais relevante deu-se no artigo 104.º de então, que inseriu uma previsão de um efeito de *standstill* de 10 dias, durante o qual o contrato não pode ser outorgado, em cumprimento do artigo 2.º -A, n.º 2 das *Diretivas* Revistas.¹¹⁸

A adição do artigo 283.º -A também foi relevante neste aspeto ao introduzir na legislação nacional a anulabilidade dos contratos na sequência de um procedimento de formação de contrato sem publicação prévia do anúncio no Jornal Oficial da União

¹¹⁶ CABRAL, Margarida Olazabal, “*Processos Urgentes – Em especial, o contencioso pré-contratual*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 94, p.40

¹¹⁷ Com alterações no artigo 104.º, 77.º, n.º1, 95.º, n.º 4, 472.º, n.º3 e adicionaram o artigo 78.º-A e 283.º-A, pro força do Decreto Lei n.º 131/2010 de 14 de Dezembro.

¹¹⁸ Para mais desenvolvimento quanto ao período de *standstill* nas *Diretivas* Revistas ver, CADILHA, António e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “*O contencioso pré-contratual...*”, pp. 64 a 77

Europeia, quando exigível, bem como a anulação quando tenha sido celebrado antes de decorrido o prazo de suspensão de 10 dias. Ao mesmo tempo, no n.º 3 deste artigo, refere que o efeito anulatório pode ser afastado, devendo essa decisão ser acompanhada da redução da duração do contrato ou sanção pecuniária de montante inferior ou igual ao preço contratual. Desta forma, também foram introduzidas na legislação nacional os imperativos de artigos que referi no capítulo anterior.

No entanto, quanto a questões de contencioso e alterações essenciais no CPTA, não foram alcançadas devidamente com esta curta alteração.¹¹⁹

Assim, e de forma a operar alterações mais substanciais, a revisão de 2015 veio reformular processualmente o contencioso pré-contratual, como já vinha a ser requerido tanto pelos tribunais como pela doutrina¹²⁰, ao atender à incompletude do regime assim como o incumprimento das *Diretivas*. Com particular interesse, como veremos, nos artigos 103.º-A¹²¹ e 103.º-B

2.2. Das alterações promovidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015

a) O Âmbito do Contencioso Pré - Contratual

A nova redação do artigo 100.º do CPTA, relativo ao âmbito de aplicação do Contencioso Pré-Contratual¹²², veio fazer uma ampliação, consistindo agora na *impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens,*

¹¹⁹ Esta realidade é sublinhada por vários autores, nomeadamente, Paulo Pereira Gouveia. *Cfr.* Op. Cit. “Revisão das “Diretivas Recurso” em tempos de crise?”, p. 198

¹²⁰ Nesse sentido, GOUVEIA, Paulo Pereira, “A nova ação administrativa de contencioso pré-contratual”, *JULGAR*, n.º 26, 2015, p.43

¹²¹ Que opera a inserção da previsão do artigo 2.º, n.º3 da Diretiva de 1989 revista. Para mais considerações quanto a este artigo na *Diretiva* ver CADILHA, António e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit. “O contencioso pré-contratual...”, pp.77 a 86

¹²² Não obstante eu me referir de uma forma direta, o processo Urgente de Contencioso Pré-Contratual não esgota nem se aplica a todos os litígios pré-contratuais de natureza administrativa. Nos casos em que não se aplica o regime presente nos artigos 100.º e ss continua a aplicar-se o regime geral, mesmo que de uma forma residual, o que no entender de Pedro Costa Gonçalves convoca “opção dualista” no sistema, já adotada desde 1998. *Cfr.* GONÇALVES, Pedro Costa, “O Regime Jurídico do contencioso pré-contratual não urgente.”, in “Comentário à Revisão do ETAF e do CPTA”, AAFDL, 2ª Edição, 2018, p. 541 ss

integrando agora os contratos de concessão de serviços públicos.¹²³ Além disto, a revisão de 2015 também tornou claro que é possível peticionar a *condenação à prática de atos administrativos relativos à formação dos contratos supra referidos*.

Quanto à possibilidade de cumulação de pedidos, também o novo regime veio clarificar, em conformidade com os artigos 4.º e 5.º do CPTA, que a cumulação de pedidos quando um dos pedidos cumulados tenha a forma de ação administrativa urgente, como é o caso do contencioso pré-contratual.¹²⁴

No caso da cumulação, a ação segue forma de ação administrativa urgente com as devidas adaptações. Deve então o juiz adotar medida que não impliquem uma menor celeridade do processo assim como a antecipação da decisão do pedido principal em relação à instrução dos pedidos cumulados.¹²⁵ Isto de forma de garantir as devidas preocupações com a celeridade processual.¹²⁶⁻¹²⁷

O que aqui se refere já vinha a ser reforçado jurisprudencialmente, com a possibilidade de cumular a impugnação de atos administrativos pré-contratuais e a impugnação do contrato na pendência da ação, assim como impugnar atos administrativos finais de exclusão ou de adjudicação com o pedido de indemnização por danos dele decorrentes, incluindo da frustração das expectativas da celebração do contrato.¹²⁸

¹²³ No entanto, como sublinha Marco Caldeira, continua a não ser completamente coincidente com o regime previsto no Código de Contratos Públicos, ao excluir por exemplo, os contratos de alienação e aquisição de imóveis, contratos de concessão de uso privativo ou de exploração de domínio público, assim como os contratos não tipificados, desde que o seu objeto tenha prestações submetidas à concorrência do mercado. *Cfr.* CALDEIRA, Marco, “O “Novo” contencioso pré-contratual (Tópicos desenvolvidos para uma intervenção”, in Estudos sobre o Contencioso Pré-Contratual, AAFDL Editora, 2017, pp. 13 e 14, assim como, MELO, Pedro e CORDEIRO, Maria Ataíde, “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, in “Comentário à Revisão do ETAF e do CPTA”, 2016, p. 658

¹²⁴ Como referido por Sara Younis Augusto de Matos, acolheu uma solução que já seria desejada e para a qual não existia qualquer justificação para a restringir. *Cfr.* MATOS, Sara Younis Augusto, “Do âmbito da ação administrativa urgente”, Revista Eletrónica de Direito Público”, Vol 1, n.º 2, 2014, p.356

¹²⁵ Neste sentido, ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, “Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, Tomo II, Almedina, 2020, p. 808

¹²⁶ *Cfr.* CARVALHO, Ana Celeste, “Aspectos processuais da acção de contencioso pré-contratual e dos seus incidentes, à luz do CPTA e do CCP revistos”, Revista de Direito Administrativo, n.º 1, 2018, p. 34

¹²⁷ Ainda, conforme Paulo Pereira Gouveia, o artigo 5.º do CPTA levará a que a celeridade exigida, sob a égide do princípio da adequação formal, tenha especial atenção aos pedidos cumulados para manipulação da urgência em favor de pedidos complexos ou não urgentes, mas sem esquecer que a tutela jurisdicional efetiva vale também para os casos sujeitos a meios processuais urgentes. *Cfr.* Op. Cit., “A nova ação administrativa do contencioso pré-contratual”, p.45

¹²⁸ Para mais sobre esta questão *vide* CARVALHO, Isabel Celeste, Op. Cit., “Aspectos processuais da ação de contencioso pré-contratual...”, p. 34

Por outro lado, quanto à *impugnação direta do programa, dos cadernos de encargos ou qualquer outro documento conformador do procedimento de formação dos contratos, designadamente com fundamento na ilegalidade as especificações técnicas, económicas ou financeiras que constem desses documentos*, passou a estar presente em regulação própria, que merecerá maior atenção *infra*, no artigo 103.º.

Uma questão que se colocava, era saber que pedidos poderiam ter cabimento na ação de contencioso pré-contratual, nomeadamente a condenação à abstenção de ato administrativo pré-contratual e o pedido de declaração de ilegalidade por omissão de normas administrativas.

Por um lado, no entendimento Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha¹²⁹, estes não caberiam dentro do seu âmbito. De forma a justificar este entendimento indicam que, por estar em causa um processo especial deverá ser apenas pedido a título principal as pretensões que são admitidas pela lei, sendo estas figuras omissas dos artigos 100.º e ss do CPTA. Num sentido diverso, Ana Celeste Carvalho compreende que, no caso da condenação à abstenção do ato administrativo, este poder-se-ia incluir. Isto porque, perante a *“iminência da prática do ato lesivo em relação a algum interessado no procedimento da formação de contrato abrangido no âmbito do artigo 100.º, n.º 1, nada impede a que entidade administrativa possa ser demandada, invocando-se argumentos contrários aos invocados no projeto de decisão como fundamento para a prática do ato”*¹³⁰. A autora realça, do mesmo modo, que no caso da impugnação de peças de procedimento é permitida uma solução próxima, visto que assiste ao interessado o poder de impugnar a norma na base da qual será praticado o ato lesivo. Num sentido mais cauteloso, Rodrigo Esteves de Oliveira em 2009 também respondia, em alguma medida, afirmativamente à questão, no entanto condiciona essa possibilidade às situações em que as garantias principais e cautelares não fossem *“minimamente”* adequadas ao caso.¹³¹

Quanto ao pedido de declaração de ilegalidade por omissão de normas administrativas, também a Autora discorda do seu cabimento, visto que, *“não sendo a finalidade dos*

¹²⁹ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., *“Comentário ao Código de Processo Nos Tribunais Administrativos”*, pp. 801 e 802

¹³⁰ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., *“Aspectos processuais da ação de contencioso pré-contratual...”*, p.34

¹³¹ Cfr. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Op. Cit., *“O Contencioso urgente da contratação pública”*, p. 8

documentos conformadores regulamentar qualquer lei” não há em falta nenhuma norma que se destine a dar execução a um ato legislativo carente de regulamentação.

Ainda, quando os contratos tenham parte de prestações típicas abrangidas e não abrangidas pelo artigo n.º 100 do CPTA, quanto ao regime que é aplicável, tem sido o entendimento da generalidade dos autores que se aplica o contencioso pré-contratual quando “*a componente de maior expressão financeira de um dos tipos de negócios combinados é subsumível a prestações essenciais do contrato*”¹³²⁻¹³³⁻¹³⁴. Assim, poderá ser aplicado o regime do contencioso pré-contratual, desde que o objeto principal do contrato respeite a alguns dos tipos contratuais previstos no n.º 1 do artigo 100.º.

Quanto ao tipo de atos impugnáveis ao abrigo desta ação, temos de nos guiar pelo critério previsto no artigo 51.º do CPTA por remissão do 97.º, n.º 1. Assim, tanto estão em causa os atos primários como os secundários. Isto é, não está unicamente em causa o ato que procede à exclusão do candidato ou o ato de adjudicação, mas quaisquer outros atos procedimentais que produzam efeitos jurídicos externos ao longo do concurso.¹³⁵⁻¹³⁶

Releva também referir que este meio processual é de utilização necessária e não facultativa, assim sendo, quando couber dentro do âmbito de aplicação as partes não podem recorrer a uma ação administrativa.¹³⁷ Nem qualquer outro entendimento faria sentido, por um lado pela tramitação próprio, por outro lado, funcionando o prazo desta ação, como veremos, como um prazo de caducidade, seria contraditório permitir

¹³² Nesse sentido, CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos processuais...*”, p. 35

¹³³ Cf. ANDRADE, Vieira. Op. Cit. “*Justiça Administrativa*”, p. 244, assim como ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, in op. cit., “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, p 800.

¹³⁴ Num sentido algo diverso, Pedro Melo e Maria Ataíde Cordeiro consideram que, “*em caso de dúvida e por elementares razões de prudência*”, se deve adotar o regime do contencioso pré-contratual urgente. MELO, Pedro e CORDEIRO, Maria Ataíde, “*O regime do contencioso pré-contratual urgente*”, in “*Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*”, Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Coordenação), AAFDL Editora, 2016, p. 658

¹³⁵ No primeiro caso está em causa, por exemplo, o ato de exclusão de um candidato ou de uma proposta, o ato final de adjudicação, entre outros. Quanto aos atos secundários estão em causa, por exemplo, a anulação do procedimento, o ato de revogação do ato de adjudicação, a decisão de não adjudicação, entre outros. Previstos no artigo 79.º e 80.º do Código de Contratos Públicos. Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos processuais da ação de contencioso...*”, p. 36

¹³⁶ Nesse sentido, ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos, Op. Cit., “*Comentário ao Código...*”, pp. 803 e 804

¹³⁷ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos processuais da ação de contencioso pré-contratual...*”, p. 32

igualmente a impugnação com um prazo mais alargado associado à ação administrativa.¹³⁸

De uma forma muito sumária, e como preceitua Vieira de Andrade, o que está em causa com este artigo é a ilegalidade de qualquer decisão administrativa relativa à formação de contratos, desde que a violação de normas possa colocar em causa a validade do ato de adjudicação e, claro, se aplique aos contratos abrangidos pelo regime legal, atendendo às exclusões antes referidas.¹³⁹

b) A Legitimidade e o Prazo no Contencioso Pré-Contratual

De forma a efetuar uma visão transversal do regime é de algum interesse ter em atenção a nova construção quanto à legitimidade e o prazo para intentar uma ação de contencioso pré-contratual.

No que diz respeito à legitimidade é necessário dividir em duas situações distintas. Por um lado, temos as situações ao abrigo do artigo 100.º do CPTA, no qual se irão aplicar a regras gerais do artigo 9.º, 55.º¹⁴⁰ e 68.º¹⁴¹ do CPTA por remissão constante do artigo 101.º do CPTA. Por outro lado, os casos ao abrigo do artigo 103.º, que levantam questões processuais próprias.

No que diz respeito ao artigo 100.º, ao articular a leitura dos vários artigos do CPTA em causa, e como indicado por Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, constata-se que a legitimidade ativa quanto aos processos de contencioso pré – contratual “*abrange qualquer pessoa individual ou coletiva na defesa de interesses próprios, por pessoas coletivas públicas em relação a procedimentos de formação de contratos interadministrativos, por órgãos administrativos no domínio de litígios interorgânicos, pelo MP no exercício da ação pública e pelos presidentes de órgãos colegiais, em defesa*

¹³⁸ Nesse mesmo sentido, *Cfr.* ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, *Op. Cit.*, “*Comentário ao Código...*”, p. 806

¹³⁹ *Cfr.* ANDRADE, José Carlos Vieira, *Op. Cit.*, “*Justiça Administrativa*”, p. 244

¹⁴⁰ Relativo aos processos impugnatórios.

¹⁴¹ Relativo aos processos de condenação à prática do ato devido.

da legalidade administrativa, em relação aos atos pré-contratuais praticados pelo respetivo órgão.”¹⁴²

Por outro lado, quanto ao regime presente no artigo 103.º, a legitimidade será exclusivamente para “*quem participe ou tenha interesse em particular no procedimento em causa, podendo ser cumulado com o pedido de impugnação do ato administrativo de aplicação das determinações contidas nos referidos documentos.*” Mas veremos mais quanto a esta questão *infra*.

No que concerne o prazo, também existe uma divisão entre o prazo aplicável às situações ao abrigo do artigo 100.º e do artigo 103.º. Apenas me irei referir, neste momento, ao prazo do artigo 100.º, tecendo as respetivas considerações do 103.º posteriormente.

Assim, o prazo agora em causa, e no sentido do artigo 101.º do CPTA, permanece como prazo de um mês, operando aqui uma redução em relação aos prazos presentes no regime geral do CPTA. No entanto, também tem de ser articular o prazo com o artigo 36.º e 97.º do CPTA de 2015.

Quanto à contagem do prazo em si, e por força do artigo 97º bem como do 101.º, remete para as regras gerais de contagem de prazos presentes no artigo 58.º a 60.º do CPTA.

Aqui importa referir que, nos termos do artigo 58.º, n. º2 do CPTA o prazo de impugnação vai seguir os termos do artigo 279.º do CC.

Além disto, também importa referir a própria remissão para o 58.º, n. º3, segundo o qual o prazo poderá ser flexibilizado além destes mês nas situações em que: a) ocorra justo impedimento, b) inexigibilidade da apresentação da petição a um cidadão normalmente diligente, em virtude de a Administração o ter induzido em erro ou c) quando o atraso deva ser considerado desculpável, atendendo à ambiguidade do quadro normativo aplicável.¹⁴³

¹⁴² Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit. “Comentário ao Código de Processo Nos Tribunais Administrativos”, p. 809

¹⁴³ Uma nota que também poderá ser feita é a de que, nos casos de inércia administrativa, deve ser considerado que o prazo em causa se conta a partir “do termo do prazo de que o órgão administrativo

Entre as várias particularidades presentes nestes artigos, uma que importará ressaltar, é a suspensão do prazo de impugnação por utilização de meios de impugnação administrativa, nos termos do artigo 59.º, n.º 4 e n.º 5,¹⁴⁴ que também já se verificava no regime anterior.

Ainda, no regime anterior havia dúvidas quanto à aplicação deste prazo ao Ministério Público. No entanto, nesta atualização legal as dúvidas foram dissipadas com a referência clara no artigo 101.º quando indica que os processos “*devem ser intentados no prazo de um mês, por qualquer pessoa ou entidade com legitimidade nos termos gerais.*”¹⁴⁵ ¹⁴⁶

Sem esquecer quanto aos atos nulos, com esta clarificação legislativa do artigo 101.º, e a ausência de qualquer diferenciação no sentido de aumentar o prazo para a impugnação de atos nulos, leva a configurar com maior certeza de que a estes se aplica igualmente o prazo de um mês. Aliás, o próprio CPA¹⁴⁷ quando refere que a nulidade só é invocável a todo o tempo salvo disposição legal em contrário leva a que se permita, plenamente, este cenário.¹⁴⁸

Por fim, de forma a fazer uma sumarização de alguns aspetos importantes das clarificações processuais em causa, especialmente na prática da advocacia, cumpre referir que por força da remissão para o regime geral do contencioso administrativo, nos termos do artigo 101.º, são contempladas três formas de impactar os prazos processuais: (i) a suspensão do prazo de impugnação aquando da utilização de meios de impugnação administrativa, como a reclamação e recurso hierárquico, que só retoma o curso com a notificação da decisão proferida ou com o decurso do respetivo prazo legal, dependendo

dispunha para emitir uma decisão”, como indicam ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, p.814

¹⁴⁴ Para mais quanto a particularidades do prazo *vide*, MELO, Pedro e CORDEIRO, Maria Ataíde, Op. Cit., “*O regime do contencioso pré-contratual urgente*”, pp. 662 a 664

¹⁴⁵ Esta inclusão seguiu o caminho que já era trilhado pela Doutrina Portuguesa, nomeadamente *Cfr.* OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Op. Cit. “O Contencioso urgente da contratação pública”, pp. 10

¹⁴⁶ Para uma visão mais abrangente *vide* MELO, Pedro, CORDEIRO, Maria Ataíde, Op. Cit. “*O regime do contencioso pré-contratual urgente*”, p. 662

¹⁴⁷ Artigo 162.º, n.º2 do CPA

¹⁴⁸ No entanto, e como refere Vieira de Andrade, “*poderá haver invocação de nulidade, independentemente de prazo, mas apenas no âmbito de processos que não tenham como objecto a impugnação do acto. Esta solução excepcional em matéria de nulidade... suscita fundadas dúvidas, em casos de nulidades não evidentes, como, por exemplo, corrupção (...)*mas, parece que, na generalidade dos casos, essa gravíssima ilegalidade afetará todo o procedimento e relevará como invalidade do contrato (ainda que não como invalidade da adjudicação)”. *Cfr.* Op. Cit., “*A Justiça Administrativa*”, p. 246, nota 614

de qual ocorrer em primeiro lugar (59.º, n.º4 e 5)¹⁴⁹, (ii) a inoponibilidade da notificação ou publicação (60.º, n.º1 do CPTA), (iii) assim como a interrupção do prazo quando a notificação ou a publicação do ato for deficiente e o interessado requerer o seu suprimento (artigo 60.º, n.º2 do CPTA).¹⁵⁰

c) Tramitação e Decisão Final

A tramitação dos processos de contencioso pré-contratual segue, como se constata pela remissão presente no artigo 102.º n.º1, a tramitação relativa à ação administrativa “*comum*”¹⁵¹ em parte do seu percurso, prevista nos artigos 78.º a 96.º do CPTA com as limitações previstas no próprio 102.º. Tal tem consequências positivas, como a possibilidade de apresentação de réplica e tréplica nos termos do artigo 85.º do CPTA, assim como articulados supervenientes.¹⁵² É igualmente permitido a admissão de articulados supervenientes e não existem quaisquer limitações ao meio de prova admissível.

No entanto, tem algumas particularidades que se devem assinalar e cujo principal intuito é o de acelerar o processo, em comparação com o seguimento de uma ação comum.

Desde logo, quanto às alegações, estas são limitadas e apenas se admitem quando tenha sido requerida ou produzida prova com a contestação, nos termos do 102.º, n.º2. Dessa forma, no processo pré-contratual a tendência é a de não admitir alegações finais, porque, como referido por Ana Celeste Carvalho, na maioria dos casos, não há instrução na causa, terminado a ação com o saneador sentença¹⁵³, e ainda, em algumas ocasiões, o próprio

¹⁴⁹ De referir, naturalmente, que as impugnações administrativas no âmbito da Contratação Pública são *facultativas*, como expressamente indicado no artigo 268.º do CCP.

¹⁵⁰ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, p.815

¹⁵¹ Para mais considerações e desenvolvimento aprofundado quanto à figura da ação administrativa, *vide* Op. Cit. ANDRADE, Vieira “*A Justiça Administrativa*” e ALMEIDA, Mário Aroso, “*Manual de Processo Administrativo*”.

¹⁵² Nesse mesmo sentido, Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, p. 817

¹⁵³ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos Processuais da ação de contencioso pré-contratual...*”, p. 38

juiz poderá considerar que a produção de prova requerida não é suficiente para levar o processo para a fase de alegações.^{154_155}

Neste regime também existia uma diminuição de vários prazos em relação ao regime geral: 20 dias para contestação e para as alegações, quando estas tenham lugar; 10 dias para as decisões do juiz ou relator, ou para estes submeterem o processo a julgamento; e ainda 5 dias nos restantes casos, nos termos do artigo 102.º, n. 3. Também opera um encurtamento de prazos no artigo 103.º que iremos abordar *infra*.

Por outro lado, e no sentido imposto pelo artigo 102.º, n. 5, de forma a garantir uma aceleração processual e estabilização do caso como seria pretendido pelas Diretivas *supra* analisadas, há a possibilidade de, por iniciativa do tribunal ou a pedido de qualquer uma das partes, concentrar numa audiência pública sobre a matéria de facto e de direito, com alegações orais e sentença imediata.

Uma hipótese similar já existia no CPTA de 2002¹⁵⁶, com o fim das alegações orais a levar a que fosse ditada para ata a sentença, sofrendo agora algumas alterações, no entanto, e no entendimento de Vieira de Andrade, tal audiência continua a não ter grande utilização na prática.^{157_158}

Ficou ainda clarificada a remissão para os artigos 45.º e 45.º-A do CPTA, que têm a utilidade de o Autor poder pedir a reparação dos danos que possa ter sofrido quando não seja possível satisfazer a sua pretensão, como veremos com mais atenção *infra*.

Havendo uma decisão por parte do tribunal, a sentença será, por regra, anulatória ou de declaração de invalidade do ato, do documento ou do contrato, mas também poderá condenar à prática do ato devido.

¹⁵⁴ Nesse sentido, *Cfr.* ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, *Op. Cit.*, “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, p. 818

¹⁵⁵ Entendem Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha que, o efeito útil deste artigo, é o de “*tornar exigível a apresentação de alegações, no contencioso pré-contratual, sempre que se junta prova na contestação a que o autor não pudesse ter acesso.*”, *Ibidem*, p. 820

¹⁵⁶ Aliás, como refere Mário Aroso de Almeida, esta alteração pode ter ocorrido pela parca utilização da figura que antecedeu, *Cfr.* ALMEIDA, Mário Aroso, *Op. Cit.*, “*Manual de Processo Administrativo*”, p.411

¹⁵⁷ *Cfr.* ANDRADE; Vieira, *Op. Cit.*, “*A Justiça Administrativa*”, p. 249

¹⁵⁸ Foi até defendido por Paulo Pereira Gouveia que tal alínea fosse eliminada, não só por ser raramente utilizado como a possibilidade da audiência pública ao abrigo dos poderes de adequação formal do juiz. *In* “*A nova Ação Administrativa de Contencioso Pré-Contratual*”, p. 48

Finalmente, e por estar em causa um processo urgente, não é admissível a consulta prejudicial para o Supremo Tribunal Administrativo, como previsto no n.º 3 do 93.¹⁵⁹

d) Modificação do Objeto do Processo

Nos termos dos n.ºs 6 e 7 do artigo 102.º do CPTA, no âmbito do contencioso pré-contratual, é aplicado o regime de modificação do objeto do processo previsto nos artigos 45.º e 45-A.º, do CPTA, deixando de ter uma regulação própria no regime do contencioso pré-contratual.¹⁶⁰

Assim, se o juiz se considerar que a pretensão do autor é fundada mas que não pode ou não deve ser satisfeita, se houver uma “*impossibilidade absoluta*” para satisfazer os interesses do autor, ou, se for demonstrado, pela entidade demandada, “*excepcional prejuízo para o interesse público*”, em vez de proferir a sentença, o tribunal profere uma decisão em que, (i) reconhece o bem fundado da pretensão do autor, (ii) reconhece a existência de uma situação absoluta ou de excepcional prejuízo para o interesse público e (iii) reconhece direito do autor a ser indemnizado por esse facto, com o consequente convite às partes para acordarem no montante indemnizatório no prazo de 30 dias, podendo ser prorrogado para 60 dias caso seja previsível que o acordo se concretize nesse hiato temporal.

Se não chegarem a uma conclusão quanto à indemnização o autor pode apresentar um articulado próprio devidamente fundamentado de forma a requerer, no prazo de um mês, uma fixação judicial da indemnização devida. Nesta situação o autor pode pedir a reparação de todos os danos resultantes da conduta ilegítima da entidade demandada¹⁶¹, ou, o próprio tribunal pode convidar a ampliar o pedido de indemnização ao montante de

¹⁵⁹ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos Processuais da ação de contencioso pré-contratual...*” p. 38

¹⁶⁰ Uma compatibilização que criaria dificuldades, como referido por Marco Caldeira in “*O “novo” contencioso Pré-Contratual (Tópicos Desenvolvidos para uma Intervenção)*”, p.18

¹⁶¹ Com a possibilidade de a entidade demandada recorrer no prazo de 30 dias, nos termos do artigo 45.º, n.º 3 *in fine*

indenização adicional quando o autor já tenha cumulado na ação o pedido de reparação de todos os danos resultantes da atuação ilegítima.

Ao mesmo tempo, o n.º 7 do artigo 102.º também indica que o artigo 45.º-A se aplica às situações em que tenha sido cumulado o pedido relativo à invalidade do contrato por violações das regras que respeitam o procedimento de formação do contrato, uma situação que já decorria naturalmente do artigo 45.º-A¹⁶², número 1, alínea b)¹⁶³ ¹⁶⁴.

A única diferença entre aquilo que está presente nos dois artigos em causa é que o artigo 102.º, n.º 7, ao contrário do 45.º-A, refere a hipótese de os pedidos de impugnação do ato pré-contratual e de impugnação do contrato serem cumulados na mesma ação.¹⁶⁵

Apesar do referido, Paulo Pereira Gouveia entendia que, a mera remissão para o artigo 45.º poderia tornar apelativa a “*convolação da tutela impugnatória em indemnizatória nas situações de excepcional prejuízo para o interesse público*”, o que teria como consequência natural os efeitos negativos na tutela jurisdicional efetiva antecipatória ou preventiva.¹⁶⁶

No que concerne o montante da indemnização em si, nas situações em que as partes não chegam a um acordo, e não pretendendo uma visão alargada quanto a esta problemática que, por si, mereceria e tem merecido alguma atenção, cumpre tecer breves considerações.

¹⁶² Este artigo 45.º -A refere que o que se encontra previsto no 45.º estende a situações em que, tendo sido deduzido pedido respeitante à invalidade de contrato por violação de regras relativas ao respetivo procedimento de formação, o tribunal (i)verifique que já não é possível reinstruir o procedimento pré-contratual, por entretanto ter sido celebrado e executado o contrato e (ii)proceda ao afastamento da invalidade do contrato, em resultado da ponderação dos interesses públicos e privados em presença.

¹⁶³ Nesse mesmo sentido ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes in “*Comentário ao Código de Processo Nos Tribunais Administrativos*”, p. 824

¹⁶⁴ Ana Gouveia Martins também entendia que este artigo 45.º -A, n.º 1 poderia causar problemas caso se considerasse que bastava a mera celebração do contrato e o início da execução para inviabilizar a instrução do procedimento pré-contratual, transformando este num processo indemnizatório. Dessa forma, apenas se poderia aplicar este artigo quando o contrato estivesse integralmente executado e não meramente celebrado. Cfr. Ana Gouveia Martins, Op. Cit., “*Os processos urgentes no anteprojecto de revisão do CPTA*”, pp. 184 e 185

¹⁶⁵ Para uma explicação mais detalhada, vide ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, “*Comentário ao Código...*”, pp. 823 e 824

¹⁶⁶ Cfr. GOUVEIA, Paulo Pereira, Op. Cit., “*A nova ação administrativa de contencioso pré-contratual*”, p. 49

As dificuldades no âmbito da indemnização já eram sentidas no regime anterior ao de 2015, nomeadamente referidas através da voz de autores como Vera Eiró¹⁶⁷ e Mário Aroso de Almeida¹⁶⁸. Mais recentemente este problema voltou a ser abordado de uma forma exemplar por Pedro Fernández Sánchez, cujo entendimento seguiu um caminho similar àquele que já era entendido por Mário Aroso de Almeida.

O autor expõe então o seguinte: no caso de o Tribunal chegar à conclusão, com toda a certeza, que a entidade que apresentou a ação seria o adjudicatário, este teria direito a uma indemnização integralmente correspondente aos lucros cessantes previstos para o contrato¹⁶⁹. Por outro lado, nas situações em que o tribunal aferir com certeza de que certo operador não é o adjudicatário, então não se deverá proceder ao pagamento de qualquer indemnização.¹⁷⁰

Por fim, nas situações intermédias em que a identificação do adjudicatário depende de juízos de natureza subjetiva do Tribunal, estará em causa o pagamento de uma indemnização intermédia entre as duas figuras enunciadas, por referência à figura da perda de chance e que, não podendo ser fixada com exatidão, poderá ser fixada com recurso à equidade nos termos do 566.º, n.º 3 do Código Civil.¹⁷¹

Nesta última situação as dificuldades surgem porque o próprio Tribunal não conseguirá determinar com certeza se o contrato deveria ser adjudicado àquele operador económico, pelo que é necessário um difícil juízo de prognose, que atualmente, como

¹⁶⁷ Esta considerava, na altura, que se estaria perante a figura da “*perda de oportunidade*”, e que, no mínimo, teria de ser indemnizado pelos custos associados à litigância nos tribunais administrativos, assim como aos custos associados à proposta, que, apesar de ficarem aquém dos prejuízos sofridos, podem de forma célere compensá-lo. Cfr. EIRÓ, Vera, Op. Cit. “*Que indemnização é esta? – A Aplicação do artigo 102.º, n.º 5, do CPTA.*”, p. 57 e 58

¹⁶⁸ Este autor referia na altura que a indemnização quando o interessado conseguisse demonstrar que era ele que deveria ser o adjudicatário, e consequentemente deveria ser ele a celebrar e executar o contrato, seria a indemnização pelo interesse contratual positivo. Por outro lado, quando não se conseguisse esclarecer com toda a certeza como teria sido decidido o concurso sem a ilegalidade, estaria em causa a indemnização por “perda de chance”. Aliás, era esta indemnização que o direito europeu da contratação pública teria em vista no n.º 7, do artigo 2.º, da Diretiva de 92. Por fim, nas situações em que não é reconhecido que o interessado deveria ser escolhido como adjudicatário, teria direito a um mínimo indemnizatório a ser atribuído segundo critérios de equidade. Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso. Op. Cit., “*Ilegalidade pré-contratuais, impossibilidade de satisfazer a pretensão do autor...*”, pp. 14 a 22

¹⁶⁹ Cfr. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, “*Impossibilidade de Execução de sentença anulatória em contencioso pré-contratual e determinação do montante de indemnização devida*”, in *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos, Miguel Assis Raimundo (Coordenação), AAFDL Editora, 2020*, pp. 226

¹⁷⁰ Justifica-se a ausência de qualquer indemnização visto que, com ou sem o ilícito, demonstra-se que esse concorrente nunca seria o adjudicatário. Cfr. *Ibidem...*, p. 232

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 235

referido pelo autor, se baseia numa “*aferição de grau de probabilidade*” tendo em conta “(i) o número de concorrentes, (ii) os resultados obtidos em procedimentos semelhantes, (iii) a conformação do ilícito e (iv) a apreciação das propostas”.^{172_173}

e) Da Impugnação de Documentos Conformadores do Processo

Um dos aspetos mais relevantes do presente regime jurídico é o da impugnação dos documentos conformadores. O regime tem várias nuances próprias em relação ao contencioso pré-contratual presente nos artigos 100.º a 102.º, apesar disso, e como estipula o próprio artigo 103.º, n.º 1, remete para o previsto no artigo 102.º naquilo que não for regulado nos seus termos.

A introdução e autonomização deste artigo, como vamos ver quanto aos seus vários elementos, vem, nas palavras de Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, “*preencher uma lacuna que se tinha tornado evidente, dando corpo a um regime completo dirigido a disciplinar, nos seus diversos aspetos, a impugnação dos documentos conformadores*”¹⁷⁴, regime que anteriormente se encontrava no artigo 100.º n.º 2 de uma forma mais elementar.

Destarte, o que está em causa neste artigo é a declaração de ilegalidade de “*disposições contidas no programa do concurso, no caderno de encargos ou qualquer outro documento conformador do procedimento da formação de contrato, designadamente com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras que constem desses documentos*”. Podem estar em causa então as peças de procedimentos

¹⁷² Cfr. Op. Cit. Pedro Fernández Sánchez, “*Impossibilidade de Execução...*”, p. 237. Para mais sobre a figura de perda de chance no âmbito do Direito da Contratação Pública, vide FERREIRA, Rui Cardona, “*A responsabilidade Civil Pré-Contratual das Entidades Adjudicantes*”, Almedina, 2018, pp. 45 e ss. Não pretendendo uma visão mais alargada, de forma a não fugir demasiado ao âmbito mais sumário desta parte da exposição, para uma consideração mais alargada vide SÁNCHEZ, Pedro Fernández, Op. Cit. “*Impossibilidade de Execução...*”, pp. 230 a 239

¹⁷³ Para uma visão abrangente quanto à evolução nas indemnizações e a figura na atualidade, ver, SÁNCHEZ, Pedro Fernández, Op. Cit., “*Impossibilidade de execução...*”, pp. 213 a 239

¹⁷⁴ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “*Comentário ao Código de Processo Nos Tribunais Administrativos*”, p. 826

quanto aos diferentes procedimentos de formação de contrato indicadas no artigo 40.º do Código de Contratos Públicos.¹⁷⁵

Apesar disto, é entendimento de vários autores que a impugnação em causa pode ser de qualquer documento que se destine a disciplinar o procedimento, mesmo fora da tipologia das peças do procedimento, se assumirem natureza normativa e quando disponham sobre direitos e deveres a que os interessados ficam sujeitos¹⁷⁶⁻¹⁷⁷.

Cumpr igualmente referir, a título de clarificação, que este regime previsto no 103.º se aplica aos concursos referidos no artigo 100.º, n.º 1 do CPTA.¹⁷⁸⁻¹⁷⁹

No que concerne a legitimidade ativa, e nos termos do artigo 103.º, n.º 2, este pedido pode ser “*deduzido por quem participe ou tenha interesse em participar no procedimento em causa*”, demonstrando que, no caso concreto da impugnação dos documentos conformadores, tem de existir um interesse pessoal no concurso, critério que é mais restritivo que aquele presente no artigo 101.º. Como referido por vários autores, está em causa verdadeiramente um *requisito de lesividade*, não se permitindo que seja intentada a ação com base numa mera invocação do interesse geral da legalidade, de interesses

¹⁷⁵ Aqui Ana Celeste Carvalho limita o caderno de encargos previstos no 42.º do CPP às situações em que se destina a fixar em termos gerais a cláusulas e as especificações que deverão depois integrar o conteúdo do contrato, sem que tenham essa natureza as referências com uma finalidade meramente informativa e, por esse motivo, não tenham relevo para efeitos de impugnação contenciosa. Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit. “*Aspectos processuais da ação de contencioso...*”, p. 39

¹⁷⁶ Nesse mesmo sentido, ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “*Comentário ao Código...*”, p. 826 e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Op. Cit. “*o Contencioso Urgente...*”, p. 13

¹⁷⁷ Para considerações mais aprofundadas quanto a este tema, e quanto ao carácter regulamentar dos documentos conformadores, vide ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, “*Comentário ao Código de Processo...*”, pp. 826 a 828 e CARVALHO, Ana Celeste “*Aspectos Processuais...*”, pp. 38 e 39

¹⁷⁸ Mesmo quanto aos procedimentos de formação de contratos, Pedro Costa Gonçalves indica que a figura do artigo 103.º se poderia interpretar de modo a ser aplicável à impugnação das peças de todos os procedimentos administrativos de formação de contrato, no entanto, entende que o provável caminho da jurisprudência seria o de considerar apenas os contratos indicados no artigo 100.º. Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, Op. Cit., “*O Regime Jurídico do Contencioso Pré-Contratual não urgente*”, p. 548

¹⁷⁹ Ana Celeste Carvalho indica igualmente que, para que se aplique o regime do 103.º do CPTA é necessário que os documentos tenham carácter regulamentar. Quanto ao programa de concurso isto verifica-se, no entanto, quanto ao caderno de encargos já existem mais dúvidas. No entanto, é entendido que se deve imputar um carácter normativo na parte em que fixe, em termos gerais, as cláusulas e especificações que vão integrar mais tarde o conteúdo do contrato. Ao mesmo tempo, os outros documentos emitidos pela entidade adjudicante assumem natureza normativa quando disponham sobre direitos e deveres a que os interessados ficam sujeitos, quer em relação ao concurso, quer em relação ao contrato celebrado. Nesse sentido, Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos processuais...*”, pp. 39 e 40, bem como, Mário Aroso Almeida e Carlos Cadilha, Op. Cit., “*Comentário ao Código de Processo...*”, p. 827 e 828

coletivos, mas sim um interesse pessoal na causa.¹⁸⁰ Tal solução mereceu uma concordância generalizada pela doutrina por não existir uma verdadeira justificação para permitir que aquele que não participa nem pretende participar no procedimento possa impugnar as disposições presentes nos documentos conformadores do mesmo, visto que estas não têm efeitos na sua esfera jurídica nem o prejudicam.¹⁸¹

O artigo 103.º, n.º 2 refere a possibilidade de cumulação de pedidos, indicando que “*podendo ser cumulado com o pedido de impugnação de ato administrativo de aplicação das determinações contidas nos referidos documentos.*”. Este artigo terá de ser articulado com o artigo 5.º do CPTA (“*Cumulação de pedidos em processos urgentes*”), que permite a cumulação dos pedidos quando um dos pedidos corresponda a uma das formas da ação administrativa urgente, permitindo as adaptações necessárias para que a desaceleração processual se limite ao indispensável.

A referência à cumulação presente no 103.º, n.º 2 também se tem de articular, necessariamente, com o artigo 103.º, n.º 3, *in fine*, que estabelece o ónus de impugnação autónoma dos atos de aplicação das determinações contidas nos documentos conformadores. Desta forma, sendo exigido que o interessado impugne as decisões concretas que sejam praticadas no procedimento com o fundamento nas disposições ilegais, não se pode deixar de admitir que essa impugnação “*se processe através de uma cumulação superveniente de pedidos, quando, no momento em que se pretenda deduzir o pedido, já se encontre pendente (...) uma ação dirigida a obter a declaração de ilegalidade das disposições em causa.*”¹⁸²

Quanto ao prazo, também não se aplicam as regras presentes no artigo 101.º, por força daquilo que é estipulado no artigo 103.º, n.º 3. Este estipula que o “*pedido de declaração*

¹⁸⁰ Nesse sentido ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes in “*Comentário ao ...*”, p. 828 e CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit. “*Aspectos Processuais da ação de contencioso pré-contratual...*”, p. 40

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Não obstante esta solução, Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, indicam que nestas situações a cumulação poderá ter um efeito prático pouco relevante. Para estes autores, a “*impugnação das disposições contidas nos documentos conformadores constitui uma faculdade (...) que só tem vantagem se permitir discutir a legalidade dessas disposições por antecipação à prática dos atos procedimentais que pro elas devam guiar-se impedindo, caso venha a ser proferida decisão judicial de procedência em tempo útil, que venha a consumir-se a prática de atos administrativos ilegais por legalidade das disposições que serviram de suporte normativo.*”. Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “*Comentário ao Código...*”, p. 830

de ilegalidade pode ser deduzido durante a pendência do procedimento a que os documentos em causa se referem... ”. Este prazo específico tem um carácter especial, mas que é sistemicamente coerente, ao ter em conta o efeito útil da impugnação dos documentos conformadores do procedimento, não tendo qualquer utilidade uma impugnação no fim do procedimento em que, como refere Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, “já tenham sido praticados todos os atos procedimentais que poderiam afetar a posição jurídica do interessado.”¹⁸³

Uma questão que se colocava era, quando é que este procedimento deixava de estar pendente. No entendimento de Marco Caldeira, não se reporta à data de adjudicação, mas sim, à data da notificação da celebração de contrato, pelo que seria possível impugnar as peças até esse momento¹⁸⁴ _¹⁸⁵

De todo o modo, o ato final lesivo poderá ser impugnado com base na ilegalidade nas normas, não precludindo o direito do interessado, sendo essa possibilidade efetivada através da impugnação indireta ou incidental da norma administrativa, aquando da impugnação do ato administrativo final lesivo que a aplicou.¹⁸⁶

O que é relevante na distinção entre impugnação direta e indireta são os efeitos jurídicos que daí se podem extrair. Como refere Ana Celeste Carvalho, na “*impugnação direta está em causa a declaração da ilegalidade da norma e a sua desaplicação do caso concreto. Na impugnação indireta o que está em causa é a ilegalidade da norma administrativa em que se baseou o ato impugnado fundamento para a impugnação do ato administrativo, sendo o efeito jurídico a extrair da ação a anulação do ato administrativo impugnado.*”¹⁸⁷

Daí que, a impugnação de documentos conformadores constitua uma mera faculdade, que se não for exercida tempestivamente, não impede a possibilidade de impugnação de

¹⁸³ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit.,” *Comentário ao Código de Processo...*”, p. 831

¹⁸⁴ Cfr. CALDEIRA, Marco, Op. Cit. “*O “novo” contencioso...*”, pp. 48 e 49

¹⁸⁵ No entendimento de Ana Gouveia Martins, o procedimento ainda se encontraria pendente e, portanto, suscetível de impugnação, que o termo do prazo coincida com o prazo de 30 dias para impugnar autonomamente o ato final. Cfr MARTINS, Ana Gouveia, Op. Cit., *A nova ação administrativa de contencioso pré-contratual*”, p. 51

¹⁸⁶ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos processuais da ação de contencioso pré-contratual...*”, p. 40

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 41

atos administrativos que se fundem na aplicação da norma administrativa constante da peça do procedimento, em relação aos quais a lei consagra o ónus de impugnação no 103.º, n.º 3.^{188_189_190}. Mesmo que o único vício imputado a esse ato seja a ilegalidade destas peças.¹⁹¹

Finalmente, o artigo 103.º, n.º 4 invoca a “*possibilidade de impugnação, nos termos gerais, dos regulamentos que tenham por objeto conformar mais do que um procedimento de formação de contratos*”, aqui referindo, de uma forma expressa, que nas situações em que se aplicam regulamentos que conformam mais do que um procedimento concursal, as regras a aplicar serão as gerais. Esta situação cria particularidades em relação ao regime especial previsto no artigo 103.º, nomeadamente em regras de legitimidade.^{192_193}

2.3. Do Efeito Suspensivo Automático

Uma das maiores inovações na revisão de 2015 foi a devida introdução, já reclamada pelas *Diretivas Revistas* e pelas exigências inerentes ao contencioso pré-contratual, do artigo 103.º-A.¹⁹⁴

¹⁸⁸ Nesse sentido, ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “*Comentário ao Código de Processo...*”, p. 831

¹⁸⁹ Solução nem sempre foi assim, como assinalam Mário Aroso de Almeida e Carlo Cadilha, o acórdão do STA de 27 de janeiro de 2011 (Processo n.º 850/10), pelo qual a caducidade do direito de acionar o documento conformador levaria à preclusão da impugnação do ato de aplicação. Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “*Comentário ao Código...*”, p. 832

¹⁹⁰ Solução que já era, de todo o modo, defendida pelo Autor Mário Aroso de Almeida, que referia, nomeadamente, que sem “*inequívoca previsão legal expressa nesse sentido, a possibilidade da utilização por antecipação de meios de tutela preventivos, dirigidos a prevenir a ocorrência de lesões, não pode, pois, ter alcance preclusivo da possibilidade da utilização do meio impugnatório normal de tutela reativa contra as lesões concretas que venham a ser efetivamente infligidas por acto administrativo*”. In “*Art. 100, n.º 2 do CPTA: mera faculdade ou ónus de impugnação?*”, CJA, n.º 90, pp. 51 a 53

¹⁹¹ Cfr. CALDEIRA, Marco, Op. Cit., “*O “novo” contencioso...*”, p. 50

¹⁹² Com a aplicabilidade dos critérios dos artigos 72.º a 77.º do CPTA.

¹⁹³ Como referem Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha este meio processual apenas “*é admissível fora do contexto de um procedimento pré-contratual concreto, pela linear razão de que esse meio processual, pelas suas próprias razões de admissibilidade, não é compatível com o contencioso pré-contratual urgente.*”, Cfr. Op. Cit “*Comentário ao Código...*”, p. 834

¹⁹⁴ Para um desenvolvimento mais aprofundado sobre esta exigência, CADILHA, António, “*O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação (art 103.º -A do CPTA): uma transposição equilibrada da Diretiva Recursos?*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 119 pp. 6 a 8. Para uma visão mais aprofundada da necessidade de introdução deste regime, CADILHA, António e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “*O contencioso pré-contratual...*”, pp. 77 a 86

Como referido *supra*, quanto à primeira tentativa de cumprimento das novas regras previstas na *Diretiva de 2007 e Diretivas Revistas*, foi devidamente transposto para o direito nacional a cláusula de *standstill*, presente no artigo 104.º, n.º1, alínea a) do CCP, e que era reclamada no artigo 2.º-A, n.º2 das *Diretivas Revistas*. No entanto, não se deu qualquer introdução do artigo 2.º, n.º3, igualmente previsto pelas *Diretivas* e cuja inserção lógica seria na lei processual.

Esta clausula tinha como objetivo reforçar a efetividade dos mecanismos processuais e impedir os efeitos imediatos após o ato de adjudicação, como também era reclamado pela *Diretiva* no seu artigo 2.º-A, n.º2¹⁹⁵

Não obstante, esta introdução não seria suficiente para atingir o fito final da *Diretiva*. Como igualmente dispõe o artigo 2.º, n.º3, que se terá que articular com a disposição referida no parágrafo anterior, “*Caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independentemente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, que sobre o pedido de recurso. A suspensão não pode cessar antes do termo do prazo suspensivo a que se referem o n.º2 do artigo 2.º-A e os n.ºs 4 e 5 do artigo 2.º-D*”.

Assim, de forma a compatibilizar o ordenamento jurídico nacional com o Direito Europeu, era necessária a efetiva consagração de uma disposição legal que ainda não estava presente no CPTA e que apenas resultava de uma leitura pelos tribunais do artigo 128.º do CPTA¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Este indica que “*A celebração de um contrato na sequência da decisão de adjudicação de um contrato abrangido pela diretiva 2004/18/CE não pode ter lugar antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos, a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação do contrato tiver sido enviada aos proponentes e candidatos interessados, em caso de utilização de telecópia ou de meios eletrónicos, ou, em caso de utilização de outros meios de comunicação, antes do termo de um prazo mínimo, alternativamente, de 15 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação tiver sido comunicada aos proponentes e candidatos interessados ou de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data de receção da decisão de adjudicação de contrato...*”

¹⁹⁶ Como referem Mário Aroso Almeida e Carlos Cadilha, por não ter ocorrido a transposição da *Diretiva*, o STA “*assumiu o entendimento de que a aplicação ao contencioso pré-contratual urgente da proibição da execução do ato de adjudicação prevista no artigo 128.º, quando, a título cautelar, fosse requerida a suspensão jurisdicional da eficácia de tal ato, daria satisfação às exigências decorrentes da Diretiva.*” No entanto, também referem, que “*apenas podia impedir a celebração do contrato, em aplicação do disposto*

Leitura que, de todo o modo, apenas suspenderia os efeitos da adjudicação, mas não da execução do contrato se esta já estivesse a ocorrer.¹⁹⁷ 198

Deste modo, o artigo 103.º-A no seu n.º 1 veio estatuir que “*A impugnação de atos de adjudicação no âmbito do contencioso pré-contratual urgente faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado*”. Seria possível obter este efeito quando se pretende a impugnação de atos de adjudicação assim como de pedidos de condenação à prática de ato devido.¹⁹⁹

Este efeito suspensivo opera de forma automática, sem necessidade de invocar prejuízos que possam decorrer da adjudicação ou da celebração do contrato na petição inicial, funcionando assim como um termo suspensivo adicional, de natureza processual, que acresce ao termo suspensivo de *standstill*.²⁰⁰201

Assim, com a propositura da petição inicial e a conseqüente citação, a autoridade administrativa fica impedida de iniciar a execução do ato impugnado de adjudicação.

Existe alguma divergência quanto ao momento concreto em que este efeito suspensivo se inicia, com autores a defender que o efeito suspensivo é provocado apenas pelo ato de citação²⁰², enquanto outros consideram o efeito suspensivo está associado à impugnação,

no 128.º, desde que deduzisse o pedido de suspensão jurisdicional da eficácia do ato de adjudicação ainda dentro do período de *standstill*, pois só nesse caso é que o eventual ato de celebração do contrato seria um ato indevido e ineficaz...”. Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “Comentário ao Código de Processo Nos Tribunais Administrativos”, p. 836

¹⁹⁷ Cfr. CALDEIRA, Marco, Op. Cit., “O “Novo” contencioso pré-contratual...”, p.23

¹⁹⁸ No mesmo sentido, e com uma opinião crítica quanto à incapacidade do artigo 128.º resolver as questões que se colocavam, CABRAL, Margarida Olazabal in “O Contencioso pré-contratual...”, p. 54, bem como, MELO, Pedro e CORDEIRO, Maria Ataíde, “O regime do contencioso...”, pp. 669 e 670

¹⁹⁹ Nesse sentido, Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, “Comentário Ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, p. 837

²⁰⁰ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op.Cit., “Comentário ao Código de Processo...”, p. 838

²⁰¹ No desenho do artigo 103.º-A de 2015 o efeito suspensivo automático pode ser desencadeado em qualquer situação, mesmo naquelas em que não existe por parte da entidade adjudicante uma obrigação de respeitar o período de *standstill*, uma questão que, no entendimento de António Cadilha seria criticável visto que “*o efeito suspensivo automático previsto no 103.º-A do CPRA funcionar em situações em que, à partida, não existe obrigação de “standstill”, permitindo a paralisação da execução de contratos que foram legitimamente celebrados e cuja execução imediata pode até ser imprescindível...é uma opção legislativa que não garante um justo equilíbrio entre todos os interesses em jogo nos procedimentos de formação de contratos públicos.*” Cfr. Op. Cit. “O efeito suspensivo automático...”, pp. 8 e 9

²⁰² Cfr. MELO, Pedro e CORDEIRO, Maria Ataíde, Op. Cit., “O regime do Contencioso pré-contratual urgente”, p.671. CALDEIRA, Marco, Op. Cit., “O “novo” contencioso pré-contratual...”, p.27 a 29. Ainda, Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “Aspectos Processuais...”, p. 42, bem como OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Op. Cit., “A tutela “cautelara” ou provisória associada à impugnação...”, pp. 18 e 19

“independentemente de qualquer outra formalidade”, indicando que a obrigação de não executar este ato “opera a partir do momento em que a entidade demandada tome conhecimento da propositura da ação”²⁰³ ²⁰⁴.

Apesar de uma leitura literal do preceito leve a considerar que o efeito suspensivo opera automaticamente desde a propositura da ação, a verdade é que na pendência da citação poderá dar-se o início da execução sem qualquer tipo de comportamento errado por parte da entidade adjudicante. No entanto, após a citação, a entidade adjudicante fica impedida de executar o ato de adjudicação ou, se o contrato já tiver sido celebrado, a sua execução fica parada.

Deste modo, a citação configura-se como um momento processual relevante ao levar ao conhecimento da entidade demandada a pretensão da entidade que impugna o procedimento concursal e impede que esta tente extrair efeitos do ato de adjudicação ou de executar o contrato.²⁰⁵

Deve ser realçado que, mesmo que a entidade celebre o contrato, com a propositura da ação esta fica impedida de continuar a sua execução, uma adição de grande relevo que contribuía para mitigar situações em que a entidade adjudicante tentava celebrar o contrato de uma forma célere para criar uma situação de facto consumada, a referida “*corrida à celebração do contrato*”²⁰⁶.

Uma questão que é de grande relevância quanto ao regime previsto em 2015, que mereceu apoio por alguma doutrina²⁰⁷ ²⁰⁸, é a questão ligada ao prazo dentro do qual se consegue obter este efeito.

²⁰³ Nesse sentido ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos, Op. Cit., “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, p.838

²⁰⁴ Também Margarida Olazabal Cabral mostra algumas reticências quanto à interpretação corretiva de os efeitos só se iniciarem com a citação, não se devendo confundir “*proibição de executar o ato*” com a “*suspensão de eficácia do ato*”. Cfr. CABRAL, Margarida Olazabal, Op. Cit., “*O contencioso pré-contratual no CPTA revisto*”, p. 57

²⁰⁵ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos processuais da ação...*”, p. 42

²⁰⁶ Nesse sentido, CABRAL, Margarida Olazabal, Op. Cit., “*O Contencioso Pré-Contratual no CPTA Revisto: Algumas notas*”, p.56

²⁰⁷ Nomeadamente SILVA, Duarte Rodrigues, Op. Cit., “*O levantamento do efeito suspensivo no contencioso pré-contratual no quadro da proposta de alteração ao CPTA*”, p. 44

²⁰⁸ Num sentido diverso, que veremos mais a fundo *infra*, António Cadilha in “*Contencioso Pré-Contratual*”, JULGAR, n.º 23, 2014, p. 214

De acordo com o preceituado no 103.º-A, por não haver qualquer limite temporal imposto à impugnação, nada impede que esta ocorra já após o período do prazo de *standstill*, aliás, como é reforçado pelo número 1 ao indicar que o efeito suspensivo pode ocorrer com o contrato já celebrado.

Esta previsão é um reconhecimento da necessidade de uma maior garantia da eficácia da reação jurisdicional, “*impedindo que o contrato venha a ser celebrado enquanto o tribunal não emitir uma pronúncia sobre a pretensão impugnatória deduzida contra o ato de adjudicação*”²⁰⁹ e em consequência uma celebração imediata após o fim do período de *standstill* com a consequente situação de facto consumado, funcionando como um verdadeiro *prolongamento da suspensão gerada pelo impedimento temporário da celebração do contrato após o termo do procedimento que decorre da imposição do período de standstill.*”²¹⁰

Ainda é relevante indicar que o efeito suspensivo automático seria sempre um acréscimo do período de *standstill*, no entanto, como alertam alguns autores, não há diretamente uma imposição por parte da Diretiva para que exista qualquer efeito suspensivo “*nos casos em que o pedido de impugnação é feito após a cessão da vigência da obrigação de standstill*”²¹¹

Como articula Duarte Rodrigues da Silva, a Diretiva Recursos previa apenas a suspensão dos efeitos do ato de adjudicação, se o meio de reação judicial fosse apresentado no prazo máximo de 10 ou de 15 dias, no entanto, no direito nacional, a propositura da ação determina a suspensão dos efeitos da decisão de adjudicação, bem como do contrato se este tiver sido celebrado, com a obtenção destes efeitos a ter lugar no prazo geral de um mês definido para a ação de contencioso pré-contratual.²¹²

Assim, a solução do Direito Nacional permite uma melhor avaliação por aquele que pretende impugnar a ilegalidade do procedimento, especialmente ao considerar, como Duarte Rodrigues da Silva indica, que o prazo de 10 dias é demasiado curto para: “*a) o*

²⁰⁹ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos, Op. Cit., “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, p. 839

²¹⁰ *Ibidem*

²¹¹ *Ibidem*, p. 840

²¹² Cfr. SILVA, Duarte Rodrigues, “*O Levantamento do Efeito Suspensivo Automático no Contencioso Pré Contratual*”, in *Cadernos Sérvulo*, 01/2016, p. 8 e CADILHA, António, Op. Cit. “*O efeito suspensivo automático...*”, pp. 5 a 8

operador económico tome a decisão de impugnar o ato de adjudicação; b) contrate advogados para preparar e propor a acção.”²¹³, assim como permite reforçar a efetividade da tutela dos concorrentes ao procedimento adjudicatário para além do que decorreria da transposição por si só. Foi atribuída uma maior prevalência à tutela jurisdicional dos concorrentes preteridos numa potencial adjudicação ilegal.^{214_215_216}

Apesar desta prevalência, Marco Caldeira refere que o efeito suspensivo automático poderia ter consequências, como seria o caso de ações com pretensões meramente dilatórias.²¹⁷

De todo o modo, o prazo em causa é o prazo para impugnação de adjudicação presente no artigo 101.º, de um mês, que apesar de mais dilatado do que um prazo de 10 ou 15 dias é inferior a um prazo de 3 meses, pelo que não será uma causa de acentuada morosidade.

De forma a terminar esta questão, é indicado por Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha que, neste sistema, é possível que entre o período de *standstill* e a citação da entidade demandada seja celebrado o contrato, não obstante a entidade adjudicante e o adjudicatário não poderem ignorar que o ato se dá como consolidado com o fim do prazo de impugnação e ao abrigo do princípio da boa fé, faria sentido que o vínculo só fosse formalizado quando não fosse possível a reação jurisdicional.

No que concerne a duração do efeito suspensivo, sendo a sua finalidade evitar a celebração do contrato e a consumação dos efeitos, a entidade adjudicante demandada

²¹³ Cfr. SILVA, Duarte Rodrigues, Op. Cit., “O levantamento do efeito suspensivo...”, p. 44

²¹⁴ Também referem Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha que ao aceitar que fosse apenas um prazo de 10 dias para acionar este efeito suspensivo, “*poderia ser contrário ao princípio do processo equitativo, tendo em conta a complexidade das questões jurídicas que podem suscitar-se nos processos de contencioso pré-contratual*”, In Op. Cit., . “Comentário ao Código...”, p. 840

²¹⁵ No entendimento de Rodrigo Esteves Oliveira, apesar de considerar que a solução da lei representa um equilíbrio possível, também refere que se o legislador quisesse tutelar mais fortemente os interesses do concorrente demandante “*poderia ter consagrado a seu favor um direito potestativo de requerer a dita suspensão na próprio petição inicial...solução que seria porventura mais equilibrada e sempre teria a vantagem de colocar a “decisão” na matéria da disponibilidade de quem verdadeiramente sabe qual a tutela de que carece ou não.*” Cfr. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Op. Cit., “A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação...”, p. 20

²¹⁶ Numa apreciação mais crítica, António Cadilha refere que esta opção, apesar de não contrária às Diretivas, pode ser “*desconforme com a lógica do sistema de termos suspensivos por ela implementado, não assegurando o tratamento equilibrado dos diversos interesses em presença.*” CADILHA, António, Op. Cit., “O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação ...” pp. 6 e 7

²¹⁷ Cfr. CALDEIRA, Marco, Op. Cit., “O “novo” contencioso...”, p. 24, bem como SILVA, Duarte Rodrigues, Op. Cit., “O levantamento do efeito...”, p.11. Este segundo autor, no entanto, refere que estes intuitos podem ser limitados através dos mecanismos previstos no 531.º (taxa quando ação seja manifestamente improcedente) e 542.º (litigância de má-fé), previstos no CPC.

não deve poder celebrar o contrato enquanto o tribunal não tiver decidido o pedido de impugnação do ato de adjudicação.

Assim, faz todo o sentido que este efeito se mantenha enquanto estiver pendente a ação do contencioso pré-contratual, cessando com a decisão definitiva, seja em primeira instância ou em recurso jurisdicional, cessando apenas tal efeito com o trânsito em julgado da decisão judicial.²¹⁸

Numa perspetiva processual também é relevante referir a possibilidade de, no sentido do artigo 590.º do Código de Processo Civil, haver uma rejeição liminar da petição inicial da ação de contencioso pré-contratual.

Isto é, se for (i) *manifestamente improcedente* ou (ii) *se ocorrerem, de forma evidente, exceções dilatórias insupríveis e de que o juiz deva conhecer oficiosamente*.²¹⁹ A utilização desta figura até poderia contribuir para que não fossem intentadas ações meramente dilatórias ou, que sendo, o tribunal as rejeite. Assim, e como refere Ana Celeste Carvalho, por um lado respeitam-se as vinculações próprias do efeito suspensivo automático, limita-se o efeito aos casos em que as pretensões não se apresentem como manifestamente infundadas, sem conferir a proteção legal àquilo que perante o ordenamento jurídico se considera como infundado.²²⁰ Como também veremos *infra*, o próprio CPTA acabou por acolher esta possibilidade.

Através do efeito suspensivo automático também se determinou que não seria necessária uma tutela cautelar autónoma, tendo então um efeito *ope legis* que evita, de imediato, uma situação de facto consumado que possa ser manifestamente injusta. Possibilita igualmente que a anulação do ato, a ser considerada procedente, ainda possa ter algum efeito útil, com a reconstituição da situação hipotética que deveria existir sem a prática do ato ilegal. Sem este efeito, o que se verificava em muitas ocasiões, é que a ilegalidade apenas teria como consequência a indemnização do impugnante.

²¹⁸ Sentido apoiado pelos autores, ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos, Op. Cit., “*Comentário ao Código...*”. P. 841.

²¹⁹ Como estipula o artigo e como é referido por CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos Processuais da ação de contencioso pré-contratual...*”, p. 42

²²⁰ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspetos processuais da ação de contencioso pré-contratual...*” p.43

De todo o modo, e de forma a salvaguardar o interesse da entidade adjudicante e o próprio interesse público na célere celebração do contrato, o artigo 103.º-A, n.º 2 permitia que “*a entidade demandada ou o contrainteressado podem requerer ao juiz o levantamento do efeito suspensivo, alegando que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse publico ou geradores de consequências lesivas claramente desproporcionados para outros interesses envolvidos...*”.²²¹ Daqui decorre que caberia à entidade demandada ou ao contrainteressados o ónus de alegar e de provar o efeito negativo concreto do efeito suspensivo.

Processualmente, como refere Ana Celeste Carvalho, decorre implicitamente do artigo 103.º-A que o pedido de levantamento do efeito suspensivo é tramitado nos próprios autos, sendo inserido na tramitação de uma causa principal e que ele próprio tem a estrutura de uma causa, embora com a tramitação simples e abreviada, como decorre do disposto no seu n.º 3.²²²

Seguidamente, e nos termos do artigo 103.º-A, n.º 3, após ser requerido o levantamento de efeito suspensivo, o demandante tem sete dias para responder e o juiz decide no prazo máximo de 10 dias a contar da data da última pronúncia apresentada ou do termo do prazo para a sua apresentação. Apesar de prazos curtos, a verdade é que uma decisão de levantamento poderá demorar 3 a 4 semanas, e que tal pode efetivamente colocar questões quanto situações de urgência imperiosa de interesse público.²²³

Esta configuração da instância, ao prever articulados de pronúncia próprias e que culmina com uma decisão autónoma, deve ser configurado como um incidente de instância da ação de contencioso pré-contratual, o que tem como consequência a aplicação do regime dos incidentes da instância previstos no 292.º e 295.º do CPC.²²⁴

²²¹ Neste pedido a entidade demandada ou contrainteressados vão alegar de que forma é que a manutenção deste efeito é prejudicial *para o interesse publico ou geradores de consequências lesivas claramente desproporcionados para outros interesses envolvidos*. Além disto, e num patamar mais processual, as partes vão ter de indicar os meios de prova assim como pagar a respetiva taxa de justiça associada aos incidentes da instância. Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos processuais da ação de contencioso Administrativo*”, p.44

²²² Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit. “*Aspectos processuais da ação...*”, p. 44

²²³ Como alerta Rodrigo Esteves de Oliveira in Op. Cit., “*A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação...*”, pp. 20 e 21

²²⁴ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos Processuais da ação de contencioso...*”, p.43

Quanto ao prazo para invocar este incidente, não há nenhuma especificação. Numa análise preliminar poderia entender-se que seriam 5 dias após a citação, nos termos do 102.º/3.º/c), enquanto que o prazo supletivo seria de 20 dias por ser o prazo para contestar de acordo com o 102.º/3.º/a)²²⁵, no entanto, vários autores defendiam que não existia qualquer lacuna, reconhecendo que este espaço será intencional e que este pedido não está dependente de qualquer prazo, podendo ser pedido o levantamento do efeito suspensivo até ao termo do encerramento da discussão da causa, visto ser um incidente do processo.²²⁶⁻²²⁷ Aliás, este entendimento é aquele que é mais coerente e lógico ao compreender que num momento inicial poderia não existir qualquer prejuízo para o interesse público mas que este poderia surgir com a morosidade processual, pelo que foi o entendimento aceite.²²⁸

Quanto ao critério para o levantamento deste efeito, o artigo 103-ºA, n.º 2 refere que o efeito suspensivo deve ser levantado quando o diferimento da execução do ato seja gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos, havendo lugar à aplicação do critério previsto no n.º 2 do 120.º do CPTA.

Assim, nos termos deste n.º, o juiz teria de formular um juízo relativo entre a situação do impugnante e os interesses públicos e privados em presença, consequentemente, o juiz só poderia levantar o efeito suspensivo quando, na comparação do peso dos interesses, os danos para o interesse público e para os contrainteresados fossem consideravelmente superiores aos que podem surgir para o demandante.²²⁹ O pressuposto aqui em causa, quanto a um grave prejuízo para o interesse público, demonstra que o regime em 2015 seria de grande exigência para este levantamento.

²²⁵ Aqui Marco Caldeira sintetiza, in *“Estudos do contencioso...”*, p. 33, as opiniões quanto ao prazo em causa.

²²⁶ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., *“Aspectos Processuais da ação de Contencioso...”*, p.43, assim como ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit. *“Comentários ao Código do Processo nos Tribunais Administrativos”*, p. 842, CABRAL, Margarida Olazabal, Op. Cit., *“O contencioso pré-contratual...”*, p. 57 e 58

²²⁷ Para mais considerações quanto à razão para não ser aplicável o prazo de 5 dias, ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., *“Comentário ao Código...”*. pp. 842 e 843

²²⁸ Como referido para Duarte Rodrigues da Silva, que também entende não existir um prazo para apresentação deste requerimento. Cfr. Op. Cit., *“O levantamento do efeito...”*, 2016, p.10, nota 21

²²⁹ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., *“Comentário ao Código de Processo...”*, p. 844

Por outro lado, o Artigo 103.º-A, n.º 4 do CPTA, prevê que este efeito é levantado quando, ponderados os interesses suscetíveis de serem lesados, os danos que resultariam da manutenção do efeito suspensivo automático se mostrem superior aos que resultam do seu levantamento.²³⁰

Como referia Ana Gouveia Martins, “*O critério adoptado no art. 103.º-A é, por conseguinte, o critério da ponderação de interesses, mas o efeito suspensivo só pode ser levantado se for invocada e demonstrada a ocorrência de prejuízos graves ou claramente desproporcionados que prevaleçam sobre os prejuízos para os interesses do concorrente, mormente, os resultantes do risco de já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário.*”²³¹

No entendimento de Ana Celeste Carvalho, a leitura destes preceitos convoca um duplo critério para o juiz²³², com a primeira verificação que o critério presente no n.º 2 se encontra preenchido, seguido da verificação do critério da ponderação de interesses.

No entanto, de acordo com a Diretiva “*Recursos*”, pode extrair-se outro entendimento do regime legal. Ao seguir o seu caminho deveria interpretar-se num critério único de decisão de levantamento, com o critério da ponderação dos interesses suscetíveis de serem lesados, nos termos previstos no artigo 103.º-A, n.º 4.

Todavia, aquilo que parece que o legislador pretendeu no 103.º-A, foi que o requerente do levantamento do efeito suspensivo alegasse e demonstrasse que o efeito suspensivo causava (i) *graves prejuízos ao interesse público* ou (ii) *consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses* (iii) após o que, ponderados todos os interesses suscetíveis de serem lesados, o juiz levantaria o efeito suspensivo automático se os danos que resultariam da manutenção do efeito suspensivo automático se mostrarem superiores aos que resultam do seu levantamento, ou seja, previu como critério decisório o critério de ponderação de interesses²³³. Esta é, conforme Ana Celeste Carvalho, a solução que

²³⁰ No entendimento de Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, como iremos explorar *infra*, o levantamento do efeito suspensivo requer o preenchimento de pressupostos exigentes, sendo a regra a manutenção do efeito. *Op. Cit.* “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, p. 844

²³¹ *Cfr.* MARTINS, Ana Gouveia, “*Efetividade da Tutela Cautelar*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 124, p.12-14

²³² *Cfr.* CARVALHO, Ana Celeste, *Op. Cit.*, “*Aspectos processuais da ação...*” p. 44

²³³ Ou como Rodrigo Esteves de Oliveira defende, seria mais correto a referência a um juízo de ponderação de danos. *Cfr. Op. Cit.* “*A tutela cautelar ou provisória associada...*”, p. 23

mais se harmoniza com o direito europeu, pelo que a preferível. Sendo o critério então apenas o previsto no n.º 4.²³⁴

Num sentido diverso, Duarte Rodrigues da Silva entendia que o que estava em causa seria um crivo adicional e prévio à ponderação dos interesses, isto é, só depois de se concluir pela gravidade dos prejuízos invocados e/ou pela patente desproporcionalidade da lesão de outros interesses é que se aplicaria o 103.º-A, n.º 4.²³⁵

No entanto, a interpretação e articulação destes artigos acabou por ser uma tarefa dos Tribunais, como veremos. Interpretação que não se afigurava como simples, visto que a própria lei não era clara quanto aos critérios de decisão do juiz quanto ao levantamento.²³⁶

De todo o modo, não basta que seja invocado qualquer prejuízo, pois perante a referência a “gravemente prejudicial” e a menção a consequências lesivas “claramente desproporcionadas”, estão em causa prejuízos qualificados, cuja alegação e prova tem de ocorrer no processo, não bastando a demonstração de prejuízo genéricos, mas sim a sua *demonstração em concreto*²³⁷. Destarte, os prejuízos que se colocam com o efeito suspensivo tem de ser superior aos que se colocam com o levantamento para que seja proferida decisão de levantamento.

Aliás, o legislador reconhecia que “*qualquer suspensão de efeitos da atuação administrativa é, sempre e em qualquer caso, lesiva do interesse público*”, por essa razão, a manutenção da paralisação tem de ser gravemente prejudicial para o interesse público concretamente prosseguido.^{238_239}

²³⁴ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos processuais da ação do contencioso...*”, p. 44

²³⁵ Cfr. SILVA, Duarte Rodrigues, Op. Cit., “*O levantamento do efeito...*”, 2016, p. 12

²³⁶ Inclusive, Margarida Olazabal Cabral referia que o n.º 4 deveria ser um mero lapso, devendo o n.º 2 prevalecer. Cfr. Op. Cit. “*O contencioso pré-contratual no CPTA revisto*”, p. 59. A autora defendia igualmente que o juiz deveria efetuar uma ponderação de danos verdadeira, “*devendo a suspensão ser levantada se os prejuízos para o interesse público e privado em presença decorrentes da manutenção do efeito suspensivo forem superiores aos danos para os interesses em presença decorrentes do levantamento.*”

²³⁷ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “*Comentário ao Código...*”, p. 845, bem como SILVA, Duarte Rodrigues, Op. Cit., “*O levantamento do efeito suspensivo...*”, p. 10

²³⁸ Cfr. SILVA, Duarte Rodrigues, Op. Cit., “*O levantamento do efeito suspensivo...*”, p. 11

²³⁹ Uma questão que também era colocada era quais os danos que o demandante poderia invocar, tendo em conta que a perda de possibilidade de ser adjudicatário e dos benefícios decorrentes da adjudicação não terem relevo jurisprudencialmente. O que levaria a que apenas fosse relevante uma não celebração que levasse, por exemplo, a um cenário de insolvência. Cfr. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Op. Cit., “*A tutela “cautelar” ou provisório...*”, p. 25.

Num caso de dúvida o juiz deverá decidir pela manutenção do efeito suspensivo, só podendo levantar o efeito quando os danos da manutenção forem superiores aos do levantamento, num caso de empate ou equivalência entre os danos, por exemplo, o juiz²⁴⁰ não deverá proceder ao levantamento.

Como nota final quanto ao efeito suspensivo automático, Ana Celeste Carvalho também se interrogou se a decisão do incidente poderia ser outra que não o levantamento ou manutenção, saber se o incidente pode levar a outra providência cautelar. Isto porque na parte final do 103.º não existe a referência final do 120.º, n.º2, referente à possibilidade de o juiz poder adotar outras providências. No entanto, não é seguro que o juiz possa decretar uma providência cautelar em cumulação com o efeito suspensivo automático ou sequer que possa levantar este efeito e decretar outra providência²⁴¹⁻²⁴². No entanto, nada impede que possa ser feito o pedido de levantamento deste efeito mais do que uma vez, até em relação com factos supervenientes ligados ao “*prolongamento do processo, que agravem a posição jurídica dos demandados e os interesses subjacentes.*”²⁴³

Apesar das considerações até agora colocadas, e as dificuldades associadas ao levantamento do efeito suspensivo automático que foram sentidas nos Tribunais, como irei abordar mais a fundo *infra*, posso já adiantar, como indicado por Duarte Rodrigues da Silva, que perante a redação de 2015²⁴⁴ verificou-se que, na prática, “*a maioria das situações em que a entidade adjudicante requer o levantamento do efeito suspensivo não é procedente*”. Assim, deu-se uma inversão do cenário anterior em que qualquer interesse público invocado seria superior aos interesses económicos em causa.²⁴⁵

²⁴⁰ Nesse sentido, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Op. Cit., “*A tutela “cautelar” ou provisória...*”, p. 24

²⁴¹ Num sentido positivo quanto a essa possibilidade, CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspetos Processuais...*”, p. 45 e 46

²⁴² Num sentido diverso, Rodrigo Esteves de Oliveira considerava que seria possível. Cfr. Op. Cit. “*A tutela cautelar ou provisória associada à impugnação...*”, p. 26

²⁴³ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit. “*Comentário ao Código...*”, p. 846

²⁴⁴ Na qual ocorria a manutenção da paralisação dos efeitos do ato impugnado se não fosse gravemente prejudicial para o interesse público, não bastando um prejuízo normal. Cfr. SILVA, Duarte Rodrigues, Op. Cit., “*O levantamento do efeito suspensivo...*”, 2018, p.45

²⁴⁵ *Ibidem.*

2.4. Das Medidas Provisórias

Além do efeito suspensivo automático, também foi introduzida em 2015 a figura das medidas provisórias, cujo regime se encontra presente num novo 103.º-B do CPTA.

Assim, e nos termos do artigo referido, nos processos que não se tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação ou nos casos em que não se aplique o efeito suspensivo automático previsto, podem ser requeridas ao juiz a adoção de *medidas provisórias* destinadas a prevenir o risco de se constituir uma situação de facto consumado ou de não ser possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar o adjudicatário.

Este pedido é tramitado como um incidente, que corre nos autos do próprio processo, com a respetiva tramitação a ser determinada em função da complexidade e da urgência do caso. Daqui resulta uma grande liberdade para o juiz decidir quais as diligências necessárias ao caso concreto.

Ao mesmo tempo, como incidente que é, não pode ser requerido antes da ação de contencioso pré-contratual, mas pode ser deduzido na pendência, sem ter de ser necessariamente requerido com a petição inicial.²⁴⁶

Como referem Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, o âmbito de aplicação deste artigo tem uma dupla delimitação: por um lado aplica-se apenas ao âmbito do contencioso pré-contratual como se encontra previsto no artigo 100.º do CPTA²⁴⁷ e, por outro, é aplicável apenas litígios que não tenham por referência o ato de adjudicação.²⁴⁸ Ao mesmo tempo, pelo âmbito distinto, não é possível aplicar os regimes do 103.º-A e 103.º-B em simultâneo.

Estas medidas provisórias têm uma natureza cautelar, assim, em consequência, a sua aplicação depende da ponderação dos interesses em presença, sendo recusada se os danos resultantes da sua adoção forem superiores aos que resultam da sua não adoção, sem que

²⁴⁶ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit. “*Aspectos processuais...*”, pp. 46 e 47

²⁴⁷ *Os litígios relativos à formação de contratos não abrangidos pelo 100.º, ficam sujeitos ao regime do 132.º do CPTA.*

²⁴⁸ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “*Comentário ao Código de Processo...*”, p. 849

tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adoção de outras medidas, como consta no artigo 103.º-B, n.º 3. Deste modo, quanto aos critérios a ter em consideração, é necessário atentar aos números 1 e 3 do artigo 103.º-B.

Antes de mais, o objetivo previsto com a adoção das medidas provisórias é o de garantir que não ocorre uma situação de facto consumado ou o risco de não ser possível retomar o procedimento pré-contratual, desse modo, alguns autores consideravam que poderia existir aqui, implicitamente, uma invocação do critério de *periculum in mora*, um requisito positivo de preenchimento necessário de modo a impedir a perda de utilidade do processo.^{249_250}

Se o critério do *periculum in mora*, fosse configurado como um elemento necessário, caberia ao requerente alegar e demonstrar de que forma é que esta medida provisória é essencial para que o impugnante não se veja impedido da possibilidade de obter a adjudicação do contrato. E apenas se aqui fosse reconhecida a existência do risco de impossibilidade de reposição da ilegalidade, é que o juiz iria averiguar se os danos resultantes da medida provisória seriam superiores aos danos para o requerente da não adoção da medida, nos termos do n.º 3.²⁵¹

Sucedo que, e como já vários autores vieram indicar desde a introdução desta figura, ao considerar que a Diretiva não teve em consideração o *periculum in mora*, pode a interpretação que considera este requisito como necessário colidir com a própria Diretiva por estar em causa uma medida mais restritiva.²⁵²

Nesta medida, se for efetuada uma interpretação em conformidade com a Diretiva, e nessa interpretação não se exigir o *periculum in mora* como requisito autónomo, tem de se considerar que as situações previstas no artigo 103.º-B, n.º 1 *in fine* são danos relevantes na esfera do requerente e têm de ser devidamente ponderadas no critério de presente no

²⁴⁹ Para uma visão mais aprofundada quanto à presença do critério de *periculum in mora* ver: CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “Aspectos processuais...”, p. 47

²⁵⁰ Cfr. Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, Op. Cit. “Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, p. 850

²⁵¹ Assim, a ausência do *periculum in mora* impediria a concessão da medida provisória. Tudo Cfr. Op. Cit. “Comentário ao Código...”, p. 851

²⁵² Nesse sentido, ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit. “Comentário ao código...”, p. 851, bem como CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit. “Aspectos Processuais da ação de contencioso pré-contratual...”, p. 47

número 3²⁵³. Aliás, e como refere também Ana Celeste Carvalho, se os tribunais fossem muitos restritivos poderiam até ser mais exigentes do que com o artigo 132.º, aplicável aos procedimentos pré-contratuais não previstos nas Diretivas.²⁵⁴

No que concerne o critério de ponderação presente no n.º 3, este indica que “*a medida provisória é recusada quando os danos que resultariam da sua adoção se mostrem superiores aos que podem resultar da sua não adoção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adoção de outras medidas*”. Esta construção é igual à presente no artigo 120.º, n.º 2, relativo à tutela cautelar geral, como consequência, aquilo que está aqui em causa é um juízo de valor relativo, no qual há uma comparação entre a situação daquele que requer as medidas e dos interesses dos requeridos, tendo o juiz nas suas mãos a ponderação em causa, atendendo a um critério de proporcionalidade dos danos, coma a recusa da medida quando os danos produzidos forem superior aos prejuízos que se pretendem evitar.²⁵⁵

Quem requer a medida tem de alegar e demonstrar que esta é necessária e essencial para evitar que fique definitivamente arredado da possibilidade de obter a adjudicação do contrato. Reconhecido o risco da impossibilidade, cabe ao juiz, num segundo momento, averiguar os danos que resultam da adoção da medida provisória são superiores aos danos para o Requerente da não adoção.

Quanto às medidas que podem ser requeridas, não há qualquer tipo de limitação, podendo ser tomadas *medidas conservatórias* para suspender efeitos dos atos praticados, assim *como medidas antecipatórias* para admissão provisória de uma proposta ou qualificação provisória do candidato.²⁵⁶⁻²⁵⁷

Também aqui se deve entender que o critério de ponderação está articulado com o poder de conformação de juiz quanto a providencia a adotar em concreto.²⁵⁸

²⁵³ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos processuais da ação de contencioso pré-contratual...*”, p. 47

²⁵⁴ *Ibidem*, bem como CALDEIRA, Marco, Op. Cit., “*O “novo” contencioso...*”, p. 46

²⁵⁵ *Ibidem*, p.48

²⁵⁶ Entendiam ainda Mário Aroso de Almeida e Carlos Fernandes Cadilha que pode ser requerida a intimação da entidade adjudicante para corrigir as especificações quando o que está em causa é a sua ilegalidade. Cfr. Op. Cit. “*Comentário...*”, p. 853

²⁵⁷ Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, Op. Cit., “*Aspectos processuais...*”, p. 48

²⁵⁸ Num sentido algo crítico do novo regime do 103.º-B, por não incluir toda a tutela cautelar pré-contratual no 103.ºB GOUVEIA, Paulo Pereira, Op. Cit. “*A nova ação administrativa...*”, p. 54

3. O Levantamento do Efeito Suspensivo Automático Na Jurisprudência

Visto o regime legal português que antecedeu as alterações presentes em 2019 e 2021, e reconhecendo que a grande parte do regime se mantém intacto, como veremos *infra*, é relevante fazer uma breve referência a uma das maiores questões que se colocou aos tribunais, e, de que forma é que a decisão dos mesmos moldou (ou não) as alterações legais subsequentes.

No entanto, apesar de vários problemas acessórios que se foram colocando ao longo dos anos²⁵⁹, assim como a própria questão dos efeitos dos recursos, que, em 2019, foi devidamente clarificada, a questão do regime do contencioso pré-contratual que mais questões colocou foi a da interpretação quanto ao levantamento do efeito suspensivo automático.

Como já aludido anteriormente, a alteração de 2015 veio exigir uma maior ponderação entre os interesses e os danos em si, sendo que, agora, na maioria das situações quando a entidade adjudicante requeria o levantamento do efeito suspensivo este pedido não era procedente²⁶⁰, ao invés da tendência anterior seria a de conceder prevalência ao *interesse publico* sem mais.²⁶¹

De todo o modo, os tribunais seguiram e deram atenção a várias interpretações da doutrina, também já referidas ao longo deste trabalho, no seu caminho decisório.

²⁵⁹ A título exemplificativo, no regime pré-2015, a relação entre as impugnações administrativas e o prazo de instauração de uma ação de contencioso pré-contratual. Cfr. CALDEIRA, Marco, “*Impugnações Administrativas e Contencioso pré-contratual urgente – um olhar sobre a jurisprudência*”, in “*Estudos Sobre o contencioso pré-contratual*”, AAFDL Editora, 2017, p. 245 ss

²⁶⁰ Além de ter sido a constatação após a análise de vários acórdãos, alguns dos quais vou abordar no decorrer desta exposição, também é confirmado por SILVA, Duarte Rodrigues, Op. Cit., “*O levantamento do Efeito suspensivo no contencioso pré-contratual no quadro de proposta de alteração da CPTA*”, p. 45

²⁶¹ Quando digo anteriormente refiro-me ao artigo 132.º do CPTA, então utilizado quanto às providências pedidas no âmbito do contencioso pré-contratual. Quanto às dificuldades na ponderação de interesses nos procedimentos pré-contratuais muitos autores poderiam ser citados, mas a título de exemplo, na Gouveia Martins referia que “*É, por conseguinte, grave que alguma jurisprudência sustente que os danos invocados pelo requerente da providência cautelar no âmbito de procedimentos de formação de contratos “configuram interesses meramente materiais ou económicos, facilmente ressarcíveis mediante indemnização”, fazendo sistematicamente prevalecer o interesse público*”. Cfr. MARTINS, Ana Gouveia, “*Algumas questões sobre a concessão de providências cautelares no âmbito de procedimentos de formação de contratos*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 85, pp. 14 e 15

Desde logo, o entendimento majoritário sufragado pelos tribunais de forma a manter o efeito suspensivo automático, teve em atenção, cumulativamente, os dois critérios presentes nos artigos 103.º -A, n.º 2 e n.º 4.

Em consequência, e a título de exemplo, o Tribunal Central Administrativo do Sul, no processo n.º 2476/19.3BELSB-S1 (que manteve o efeito suspensivo), considerou que para ocorrer o levantamento do o efeito suspensivo automático, a sua manutenção tem de **“(i)... implicar um grave prejuízo para o interesse público ou a produção de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos, (ii) e de serem superiores os danos que resultariam da manutenção do efeito suspensivo para os interesses da entidade demandada ou dos contrainteressados por contraponto aos que venham a resultar do seu levantamento para o autor da ação de contencioso pré-contratual, segundo um juízo de proporcionalidade.”**²⁶² Neste caso concreto estava em causa a aquisição de serviços de vigilância e segurança humana em oito estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde, e, na interpretação do tribunal, “*Se com a suspensão do ato de adjudicação impugnado é possível a continuação da prestação dos serviços em causa no contrato, no caso de segurança e vigilância, ainda que por valores superiores aos decorrentes daquele ato, tal não consubstancia a excecionalidade do grave prejuízo para o interesse público, a que alude o Considerando 24 da Diretiva 2007/66/CE e o n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA*”, além do mais, considerou que a Autora dispunha de meios para continuar a usufruir dos meios de segurança e vigilância, mesmo que através de meios mais onerosos, como seria o caso do ajuste direto.²⁶³

Também o Acórdão do Tribunal Central Administrativo no Processo n.º 13747/16, vem referir “*o regime que entendemos resultar da leitura dos n.ºs 2 e 4 do novel art.*

²⁶² Nesse mesmo sentido vão vários acórdãos, como, no Tribunal Central Administrativo do Sul nos processos 807/19.5BELRA-S1, 854/19.7BELSB-S1, 848/18.0BESNT-S2, 78/17.8BEPDL-A, 2597/16.4BELSB-A, 1904/16.4BELSB-A, n.º 13747/17, 919/16.7BELSB, 13444/16, 1329/16.1BELSB, entre outros, assim como os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo do Norte, nos Processos n.º 02801/19.7BEPRT-S1, 00955/19.1BEAVR-S1, 02326/19.0BEPRT-S1, n.º 00413/17.9BEPRT-A, 02927/18.4BEBRG-S1, 00240/17.3BEVIS-S1, 00166/16.8BEPRT-A, 00409/17.0BEPRT-A, 00409/17.0BEPRT-A e 01223/16.6BEPRT-A

²⁶³ Nesse mesmo sentido também o Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul no processo 854/19.7BELSB-S1, no qual estava em causa os serviços de manutenção e dos trabalhos de reabilitação dos espaços verdes de Belém, manteve o efeito suspensivo visto que se trataria “*apenas de inconvenientes ou meros prejuízos decorrentes da suspensão imediata e automática dos efeitos derivados da impugnação judicial efectuada e que a esta são (naturalmente) inerentes.*”

103.º-A do CPTA e que portanto determina que o juízo de ponderação a efectuar e que envolve os interesses em presença segundo critérios de proporcionalidade (um “ juízo de ponderação de danos ”, (...), incida sobre os danos suscetíveis de se subsumir naquele n.º 2, isto é, em caso de o diferimento da execução se revelar“ gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos ”. Não basta, portanto, a existência de mera prejudicialidade para o interesse público, nem a existência de apenas consequências lesivas desproporcionadas. Isto sob pena de se afastar da previsão da lei elementos normativos, que exigem uma especial modalidade aplicativa (de particular gravidade ou de clara desproporcionalidade), que o legislador expressamente consagrou.”

Tal situação é igualmente defendida num acórdão deste mesmo tribunal no processo 27/17.3BELSB-A, ao indicar que *“Não se verifica grave lesão do interesse público, nem consequências lesivas desproporcionadas para outros interesses envolvidos, se a entidade adjudicante celebrou, com o adjudicatário do procedimento concursal visado nos autos, contrato de prestação de serviços com objeto igual ao do referido procedimento, contrato esse com a duração de um mês, que se renova automaticamente por iguais e sucessivos períodos até à decisão do Tribunal que levante o efeito suspensivo ou até ao trânsito em julgado da decisão do Tribunal quanto à questão de fundo no processo.”*

Aliás, como o Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, no Processo n.º 02326/19.0BEPRT-S1 entende, *“se a satisfação do interesse público visada pelo contrato a celebrar (objeto da adjudicação judicialmente impugnada) se encontra assegurada, e esse mesmo interesse público foi o invocado pelo réu para o levantamento do efeito suspensivo automático, não se justifica o seu levantamento”*²⁶⁴

Deste modo, o que se extrai é que se fosse possível à entidade adjudicante satisfazer as suas necessidades, mesmo que fosse através de ajuste direto, não se considerava, na maioria dos casos, que a lesão causada fosse suficientemente grave para levantar o efeito

²⁶⁴ Se dos factos provados e elementos de ponderação constantes dos autos resulta uma insuficiente demonstração/concretização dos prejuízos para o interesse público decorrentes do diferimento da execução do acto de adjudicação, não pode concluir-se pela verificação do atinente pressuposto, para cujo preenchimento deve o prejuízo ser qualificado de grave – Processo 00413/17.9BEPRT-A

suspensivo. Ademais, como referido pelo considerando 24 da Diretiva de 2007, o *“interesse económico na manutenção dos efeitos do contrato só pode ser considerado razão imperiosa se, em circunstâncias excepcionais, a privação de efeitos acarretar consequências desproporcionadas”*, sendo esta ideia reforçada pelo artigo 2.º-D, n.º3 da Diretivas Recursos Revistas, quando indica que *“não deve constituir razão imperiosa de interesse geral o interesse económico diretamente relacionado com o contrato em causa...inclui designadamente, os custos resultantes de atraso na execução do contratos, os custos resultantes da abertura de novo procedimentos de adjudicação, os custos resultantes da mudança de operador económico que executa o contrato e os custos das obrigações legais resultantes da privação de efeitos.”* Retira-se deste entendimento nas Diretivas que não bastaria que a entidade tenha de recorrer a ajustes diretos ou a maiores custos orçamentais, por si só, para afastar inelutavelmente o efeito suspensivo.

Nesse mesmo sentido veio o Supremo Tribunal Administrativo, no Processo 0601/18.0BELRA-S1, indicar que *“o pedido de levantamento só deve ocorrer quando, na comparação do peso relativo dos interesses em presença, conclua que os danos dele decorrentes para o interesse público ou para os interesses dos contrainteressados seriam consideravelmente superiores àqueles que podem advir para o impugnante da celebração e execução do contrato.”*

Neste mesmo acórdão, assim como noutros²⁶⁵, também deixam os tribunais patente que é sobre a entidade demandada e os contrainteressados que recai o ónus de alegar e provar a gravidade do prejuízo para o interesse público, assim como a lesão claramente desproporcionada para os demais interesses envolvidos, em consonância com o artigo 342.º, n.º1 do Código Civil. Deste modo, não basta alegar consequências naturais, mas sim *“provar factos concretos que evidenciem prejuízos anormais, graves, sérios para o interesse público em causa e/ou consequências claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”*, consequentemente, não basta alegar a *“existência de prejuízos normais para o interesse público e para os outros interesses envolvidas”*²⁶⁶, se

²⁶⁵ Por exemplo, no Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul no Processo n.º 807/19.5BELRA – S1 que *“não basta à entidade demandada e aos contrainteressados alegarem – e provarem – a existência de prejuízos normais para o interesse público e para os outros interesses envolvidos, sendo necessária a alegação – e prova – da existência de grave prejuízo para o interesse público ou de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos.”*

²⁶⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, Processo n.º 807/19.5BELRA-S1, assim como Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, 854/19.7BELSB-S1

não fosse este o entendimento, verdadeiramente o efeito suspensivo seria sempre suficiente para lesar, em termos abstratos, o interesse público no sentido que a entidade adjudicante o representa.

Esta interpretação mais exigente para a entidade demandada e contrainteressados é reconhecida pelos tribunais, e, como devidamente referido no Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul no Processo N.º 854/19.7BELSB-S1, “ *o legislador, (...) sabe e não pode desconhecer que a suspensão de um acto de adjudicação leva sempre implícito um prejuízo para o interesse público subjacente à aquisição que se pretenda realizar – e que é o prejuízo inerente ao facto de não se poder satisfazer o interesse público em causa enquanto se mantiver a suspensão -, não deixou de um modo muito claro sacrificar ope legis o dito interesse público.*”

De todo o modo, e como refere muito bem o Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul no Processo 21/20.7BELRA, “ *as entidades adjudicante bem sabem que, sendo o regime regra que decorre do art. 103º-A do CPTA, a suspensão imediata dos efeitos do acto de adjudicação ou mesmo a execução do contrato se este tiver sido celebrado, é expectável que os concorrentes preteridos recorram aos Tribunais para impugnar os actos procedimentais como seja de exclusão de propostas ou de adjudicação a outro concorrente, pelo que a delonga do processo judicial é um risco inerente a este tipo de procedimentos /concursos.*”^{267_268}

Em suma, e como se verifica, como referido num acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul no processo n.º 1595/17.BELRA-S1, é que “ *em sede de contencioso pré-contratual urgente, o legislador nacional, na esteira do comunitário, elegeu o interesse (público) da legalidade e do respeito da legislação comunitária, assim como, a garantia da tutela efectiva por banda dos particulares concorrentes, como o primordial ou preponderante. Assim, só em casos excepcionais pode perigar a efetividade*

²⁶⁷ Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, processo n.º 21/20.7BELRA, de 02.07.2020

²⁶⁸ Tal entendimento ainda é reforçado no Acórdão do Tribunal Central Administrativo de Lisboa no Processo N.º 1595/17.5BELRA-S1 quando refere que “quando o legislador - europeu e nacional – impôs o regime da suspensão automática do ato de adjudicação e reduziu as possibilidades do seu levantamento aos casos excepcionais, terá pressuposto que todas as consequências naturais, normais, coevas, ou imediatamente decorrentes da não execução imediata do contrato seriam prejuízos que se assumiam como necessários e que se tinham como não tão relevantes quanto os interesses que se queriam proteger por via da aplicação do referido instituto da suspensão automática do ato de adjudicação”.

*da tutela judicial, designadamente, porque se lhe retire os efeitos de “congelamento” da contratação em curso.”*²⁶⁹

Por fim, no processo n.º 01692/19.2BELSB-S1, no qual não foi levantado o efeito suspensivo automático, considerou-se que o *“facto de a manutenção do efeito suspensivo impossibilita a Recorrente de poder vir a executar o contrato nos moldes e nos termos impostos pelo Caderno de Encargos, não pode ser considerado pois essa é uma decorrência normal do efeito suspensivo em apreço”*.

No entanto, nem sempre seria mantido o efeito suspensivo automático, pelo que também se terá de atentar qual a fundamentação, fora as particularidades inerentes de cada caso e do próprio prejuízo gravoso para o interesse público, utilizada pelos tribunais.

Desde logo no Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul no processo 1997.17.7BELSB-SA, relativo a um concurso para a adjudicação dos meios de comunicação na atividade de prestação de serviços de transporte ferroviário, considerou que *“por serem maiores os prejuízos decorrentes da sua manutenção em comparação com os que podem resultar do seu levantamento, pelo que, será de revogar a decisão recorrida e, em substituição, determinar o levantamento do efeito suspensivo automático da decisão de adjudicação impugnada no procedimento pré-contratual em causa.”*²⁷⁰

Num outro Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, no Processo 205/17.5BEPRT, foi efetivamente levantado o efeito suspensivo por se dever *configurar que o retardamento da celebração e execução do contrato de aquisição de uma lancha de pilotos faz perigar, de modo gravoso, a prossecução do interesse público levado a*

²⁶⁹ Como resulta deste mesmo acórdão, no qual estava em causa uma empreitada, *“Não existe um prejuízo iminente, imediato e irreversível para o interesse público decorrente da não execução imediata um contrato de empreitada de obras para a construção de novas instalações, se também se aceita que tal construção só poderia terminar daqui a 2 ou 3 anos e que até lá não ficava obstaculizada ou gravemente constrangida a normal continuação da actividade desenvolvida pela instituição em causa”*.

²⁷⁰ Num sentido similar quanto aos motivos de levantamento, também no Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte no processo n.º 00270/17.5BEVIS-A, se procedeu ao levantamento, visto que *“ponderando os danos para o recorrente decorrentes da não manutenção da suspensão do acto impugnado e os prejuízos do recorrido ,referentes à não realização no tempo acordado da obra de valorização do património cultural de Sernancelhe e eventuais problemas decorrente duma nova prorrogação de prazo de montante significativo, e eventual perda de financiamento, não temos dúvidas que deve prevalecer o interesse defendido pelo recorrido.”* Considerando igualmente que, para aquele que tinha impugnado o procedimento concursal, *“a obter ganho na causa principal sempre pode ser ressarcido dos eventuais prejuízos que vier a sofrer por não ter ganho o concurso, sendo estes meramente económicos e mensuráveis.”*

cabo pela entidade adjudicante, que tem a seu cargo a segurança marítima e portuária nas áreas sob a sua jurisdição, se foi quer a escassez de lanchas de piloto com as características da pretendida, quer a penúria das que possui, que justificou essa nova aquisição, conjugada com a circunstância de que a manutenção do efeito suspensivo automático do ato de adjudicação até que seja decidido (com trânsito em julgado) o pedido impugnatório (obstando à celebração e execução do contrato até que a ação seja definitivamente decidida), acarretará, no caso de a ação vir a ser julgada improcedente, um retardamento na celebração e execução do contrato, fazendo acrescer mais uma dilação temporal (a da perduração do processo judicial), (...) ocasião em que ocorrerá então, finalmente, a afetação da lancha a adquirir à satisfação do interesse público a que se destina.”

Por outro lado, em algumas situações, a alteração de circunstâncias e a natural passagem do tempo tiveram como consequência que o levantamento não exigido numa primeira instância fosse razoável mais tarde, como é o caso presente no Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, no Processo n.º 0955/19.1BEAVR – S1, que considerou o seguinte: *“O que atualmente acresce a circunstância, nova, é certo, porque não se verificava à data em que o Tribunal a quo foi confrontado com o pedido de levantamento do efeito suspensivo automático, mas que atualmente não se pode ignorar, de que na decorrência da situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, foram aprovadas pelo DL. n.º 10-A/2020, de 13 de março medidas excecionais, incluindo em matéria de contratação pública e realização de despesa pública”*.

Além destes casos, em que efetivamente houve uma ponderação entre os interesses e danos, em alguns casos não foi aceite a mera resposta que o levantamento do efeito suspensivo automático seria financeiramente prejudicial para a entidade preterida. Ao atentar, por exemplo, na argumentação prevista no Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte no Processo n.º 00879/17.7BEAVR-S1, a qual aceitou o levantamento do efeito suspensivo automático, com base no seguinte: *“de prejuízos meramente económicos se trata, facilmente quantificáveis e passíveis de ser ressarcidos em sede própria: “no caso de se justificar a adjudicação do contrato a seu favor terá direito à indemnização correspondente à perda de lucro previsível com o contrato; no caso de ser anulada a decisão de adjudicação sem se concluir que a adjudicação deveria*

ter sido feita a seu favor terá direito a uma indemnização correspondente à “perda de oportunidade”, cujos critérios de fixação, por recurso à equidade, tornam relativamente fácil a sua fixação”, além disto, este mesmo acórdão também considerou como único critério o presente no 103.º-A, n.º4.

Do mesmo modo, num Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, no processo 01832/19.1BEBRG – S1, também o tribunal optou por levantar o efeito suspensivo por considerar que *“Há uma indiscutível supremacia do interesse público a acautelar com o levantamento do efeito suspensivo automático em relação ao interesse que a apelada pretende ver assegurado com a manutenção desse efeito suspensivo , quando ao interesse meramente económico da apelada se contrapõe o direito dos estudantes ao ensino e a uma formação plena e integral.”*²⁷¹⁻²⁷²

Um entendimento que também está presente em diversos Acórdãos²⁷³ é o de que *“ o que está em causa não é ponderar valores ou interesses em si, mas danos ou prejuízos, e, portanto, prejuízos reais, que numa prognose relativa às circunstâncias do caso concreto, resultariam do levantamento ou não do efeito suspensivo dos efeitos do ato impugnado”, e conseqüentemente, “importa ao Tribunal formular um juízo de valor relativo, fundado na comparação da situação do Autor, titular de um interesse privado de natureza económica, e que este procura tutelar através dos presentes autos de contencioso pré-contratual, com a situação do Réu, titular do interesse público de salvaguardar o cumprimento das suas atribuições.”*²⁷⁴

²⁷¹ Estava em causa a aquisição de serviços de transporte terrestre de alunos.

²⁷² Também foi decidido pelo levantamento do efeito suspensivo automático numa situação no processo do TCA Norte, processo n.º 01223/16.6BEPRT-A visto que *“Ou seja, ponderando os prejuízos decorrentes da manutenção da suspensão do acto impugnado, prejuízos para o recorrente consequentes da necessidade de recolha de resíduos sólidos urbanos numa parte do Concelho de Matosinhos, e os prejuízos do recorrido, meramente económicos, resultantes de uma eventual preterição ilegal num concurso, e o recorrido não vem argumentar com outros prejuízos, não temos dúvidas que deve prevalecer interesse público, pelo que tem razão o recorrente devendo ser revogada a decisão recorrida e de deferir a presente pretensão.”*

²⁷³ E a título exemplificativo no Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, no Processo n.º 01846/19.1BEPRT-S1

²⁷⁴ Neste processo em concreto o tribunal optou por levantar o efeito suspensivo automático, por considerar que por parte da Autora, a entidade que foi preterida, considerou que estava perante um interesse particular de natureza essencialmente económica, na medida em que se alicerça numa perspetiva de adjudicação da prestação de serviços em causa, considerando que *“segundo o juízo de ponderação de interesses, nos termos do n.º 2 do art.º 120º do CPTA, não se podem resumir, por parte da Autora, ao prejuízo decorrente da qualidade de vencida no concurso, de não ter visto a sua proposta adjudicada, por esse prejuízo se inserir no campo da incerteza própria dos procedimentos pré-contratuais.”*

Um acórdão que também demonstrou uma interpretação interessante desta problemática, desta vez ao manter o efeito suspensivo automático, foi o do Tribunal Central Administrativo do Norte no Processo n.º 00867/18.6BEBRG-S1, no qual estava em causa uma empreitada de um mercado municipal, ao considerar que, no caso concreto, os únicos interesses lesados para a entidade adjudicante e a entidade preterida eram económicos e, que verdadeiramente, *“o interesse público poderá, até, sair beneficiado com a suspensão que ora se mantém, pois que, caso a Autora venha a obter ganho nesta ação (o que apenas será decidido a final), o Réu Município não terá que pagar a obra à atual adjudicatária e indemnizar a Autora pela não adjudicação inicial. Ou seja, o Réu Município apenas terá que efetuar uma despesa e não duas.”* Além de considerar que, neste caso, *“mesmo que se colocasse a questão de não haver mercado municipal durante algum tempo, o que não sucede, tal interesse também não prevaleceria, porquanto os consumidores (comunidade em geral) não ficariam privados de fazer compras, dada a oferta de espaços comerciais existente. Por ser deste modo, estando em causa interesses meramente e pecuniários, quer da Autora quer do Réu, e não merecendo tutela os interesses dos comerciantes e dos consumidores (pois que os seus interesses são deles próprios e não interesses públicos), nada justifica o levantamento do efeito suspensivo.”*

Por outro lado, ao contrário de algumas decisões que admitem que na pendência da decisão a entidade adjudicante pode recorrer a ajustes diretos, no Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, no processo 00113/17.0BEALM – A, referente a um contrato destinado ao fornecimento de travessas de betão biobloco para carril, cuja execução é necessária para várias ações de manutenção/reabilitação de ferrovias, foi referido que *“ Por seu lado, o recurso a ajustes directos, como vem pugnar o recorrido, não é um meio idóneo a resolver o problema. Aliás, a solução referida acarretaria aos mesmos problemas decorrentes do indeferimento do presente incidente. Não é pelo facto de se poder recorrer a ajustes directos que os problemas levantados pelo recorrido seriam minimizados. Era sempre o fornecimento por um terceiro.(...) Ou seja, o recurso a ajuste directo não é meio idóneo a resolver a questão em análise. Por outro lado, se foi aberto um novo concurso, é mais um motivo que leva a concluir que o fornecimento dos biblocos é importante para a continuação da execução das empreitadas de reestruturação da via ferroviária. De referir que os prejuízos que vem invocar o recorrido são apenas os decorrentes do não fornecimento dos biblocos, ou seja, meramente económicos e*

mensuráveis.(...) Assim sendo, ponderando os prejuízos para o recorrente decorrentes da manutenção da suspensão do acto impugnado, referentes à eventual rupturad e stocks de fornecimento de biblocos e atrasos nas empreitadas em curso com todos os prejuízos daí decorrentes e os prejuízos do recorrido meramente económicos e mensuráveis, resultantes de uma eventual preterição ilegal num concurso, não temos dúvidas que deve prevalecer o interesse defendido pela recorrente.”²⁷⁵⁻²⁷⁶

De tudo o que foi exposto resulta que não havia uma solução simples quanto ao levantamento do efeito suspensivo automático. Pela análise global dos acórdãos a ideia que fica é que há uma tendência para a manutenção do efeito suspensivo automático, com uma interpretação no sentido de que seria exigível o cumprimento dos critérios previstos no número 2 e 4 do 103.º-B para ser levantado o efeito suspensivo, o que tornava o levantamento particularmente exigente. No entanto, nem sempre é efetuada essa interpretação pelo tribunal, umas vezes ao considerar que o interesse económico do

²⁷⁵ Nesse mesmo sentido, Num outro processo, já referido anteriormente com o n.º 00178/17.4BEPRT-A, no qual estava em causa o procedimento de contratação para a aquisição de serviços de viagens, transporte aéreos e alojamentos para a Direção Geral do Consumidor nos anos de 2017 a 2018 também o efeito suspensivo automático foi levantado por, no entendimento do tribunal, “*O recurso a ajustes diretos que terão, no seu conjunto, o mesmo objeto que o contrato aqui em apreço (viagens para o período de 01.01.2017 a 31.12.2017), traduziria uma duplicação da mesma despesa pois a Entidade adjudicante estaria a vincular-se a pagar duas vezes, por duas vias diferentes, a prestação dos mesmos serviços. Apenas não ficaria vinculada a pagar o valor do contrato aqui em apreço se este fosse anulado e, mesmo nessa hipótese, teria de indemnizar pelas consequências danosas da ilegalidade do acto a entidade a quem o contrato foi adjudicado. O que conduziria, à partida, a pagar o valor do contrato que foi celebrado. Na prática redundaria no mesmo, quer o contrato fosse anulado quer não, uma duplicação da despesa pública. Não serve, portanto, este argumento, utilizado na decisão recorrida, para afastar a existência de prejuízo, grave para interesse público com a manutenção do efeito suspensivo. Também não serve o argumento, implícito, de que o Requerente tem feito viagens mesmo sem terem celebrado os contratos em apreço. Pelo menos as viagens que foram objecto do contrato em apreço, não as poderá realizar e, sendo certo que não está em causa a legalidade das despesas em si mesmas no que toca à sua necessidade para realizar as atividades que se compreendem no objecto do Requerente, o prejuízo é evidente e enorme: a impossibilidade de realizar as actividades que exijam a realização de viagens. Em concreto, a impossibilidade de exercer as suas atribuições ao nível internacional, o que configura uma grave violação do interesse público e dos interesses dos consumidores, conforme alegado pelo Requerente e que constitui um facto notório. Pelo lado da Recorrida os prejuízos são meramente económicos e facilmente quantificáveis...*”

²⁷⁶ Também foi considerado válido o levantamento quando, nos termos do Acórdão no Processo 01230/16.9BEPRT-B, “*resulta da impugnação de actos de adjudicação no âmbito do contencioso pré-contratual, quando, como é o caso, periclitante fica a continuidade do serviço público, de forma gravemente prejudicial.*” Assim como decidiu o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, no Processo n.º 00320/17.5BEPRT-A, que entende, aliás, “*Não se impõe à entidade contratante o ónus de alegar e demonstrar a impossibilidade de poder lançar mão de “alternativos” “mecanismos de contratação urgente”.*”

operado económico é de menor relevância e, noutras ocasiões, a considerar que o interesse público, por si, é suficiente para afastar a pretensão da entidade que veio intentar a ação.

Contudo, a realidade é que o efeito suspensivo automático continuava a criar dificuldades, agora por ser demasiado exigente para a entidades adjudicantes. Além disso, a forma como estava redigido, criava dificuldades interpretativas, que teriam necessariamente de ser revistas numa futura formulação legal. Aliás, apesar de ter referido num acórdão *supra* que um tribunal chegou a considerar que o processo de contencioso pré-contratual seria pouco moroso, tal entendimento não se coadunava necessariamente com a perceção sentida pelas partes no processo.²⁷⁷

Neste sentido, pelas dificuldades sentidas no âmbito do levantamento do efeito suspensivo, bem como algumas questões que ainda se colocavam quanto a mecanismos específicos do contencioso pré-contratual, e sem esquecer a intencionalidade específica do legislador, deu-se então a alteração do Contencioso Pré-Contratual uns meros 5 anos após o início da vigência do novo regime.

²⁷⁷ Como refere um autor, “*foram raríssimos os processos de contencioso pré-contratual que vimos durarem menos de um ano, só em primeira instância (...) Quanto ao levantamento do efeito suspensivo, a regra tem sido a de a decisão só surgir ao fim de vários meses, mesmo quando não há lugar à produção de prova testemunhal*”. Neste sentido, CALDEIRA, Marco, “*Contencioso da Contratação Pública*”, in “*Contencioso Administrativo Especial*”, Coord. Tiago Serrão e José Duarte Coimbra, AAFDL, 2021, pp. 220 e 221

4. Contencioso Pré-Contratual na Atualidade: Das Alterações promovidas pela Lei n.º 118/2019 e Lei n.º 30/2021

4.1. O fundamento das alterações legais

Não obstante a alteração substancial do CPTA em 2015 considerou-se que este não respondia de uma forma satisfatória aos problemas que se colocavam e, nesse sentido, foram realizadas diversas alterações legislativas em 2019 e em 2021.

Algumas delas não passaram de uma mera clarificação, que já se impunha pela própria voz da doutrina e da jurisprudência, enquanto outras partiram de opções legislativas próprias.

De uma forma sumária, e no que concerne impactos diretos no contencioso pré-contratual, foram alterados os artigos 102.^o²⁷⁸, o 103.^o -A, o 103.^o-B, todos do CPTA, e, com relevo direto, mas fora dos artigos específicos do contencioso pré-contratual, o artigo 143.^o do CPTA, 287.^o e 283.^o -A do CCP, bem como uma alteração no ETAF que será abordada no capítulo *infra*. Neste subcapítulo irei abordar todos menos o 103.^o-A que merecerá a devida atenção por si só.

Como ponto prévio também se revela como inteiramente fulcral um enquadramento quanto à necessidade de alteração em 2019 bem como em 2021.

No que concerne a revisão de 2019²⁷⁹-²⁸⁰ havia uma necessidade efetiva de atentos os dados estatísticos, melhorar a forma como os tribunais administrativos e fiscais funcionavam, tendo em conta que estes não tinham capacidade suficiente para acompanhar os litígios verificados nesta área, associados a um aumento de processos e uma tendência para a acumulação de pendências. Esta morosidade, além de ter impactos na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, também produzia, por arrasto, um efeito negativo nas empresas. Era entendido que a morosidade na resolução dos litígio seria um entrave ao crescimento económico e aos investimentos que seriam necessários

²⁷⁸ De uma forma pouco substancial.

²⁷⁹ Por referência à Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 168/XIII, que deu origem ao processo de revisão.

²⁸⁰ Lei n.º 118/2019, de 17.09

para melhorar a competitividade da economia. Seria então essencial “*aumentar a eficiência, a celeridade e a capacidade de resposta da jurisdição administrativa e fiscal, para reduzir as dificuldades resultantes do funcionamento do sistema de Justiça que consubstanciam um entrave à tutela jurisdicional efetiva, desenvolvimento económico e social.*”.

Consequentemente, no que respeitava o domínio processo administrativo, o que se pretendia era potenciar o atual processo que já tinha sofrido uma alteração substancial em 2015 com uma revisão de alguns dos artigos.

No entanto, esta reforma cujo intuito seria o de aumentar a celeridade e resolver as questões da pendência, cuja bondade é reconhecida, pouco fez para garantir que essa celeridade realmente existia.²⁸¹ Aliás, não se pode constantemente referir a morosidade e desejar uma maior celeridade nos processos quando não há um verdadeiro investimento na contratação de recursos humanos, nomeadamente juízes para os tribunais administrativos, cujos concursos por ano rondam sempre os mesmos números, não havendo uma tendência para o seu aumento.

Antes de entrar especificamente nas novas alterações, também cumpre referir a *ratio* por detrás das alterações promovidas pela Lei n.º 30/2021²⁸² de 21.05, que veio alterar o CCP, o CPTA, assim como introduziu medidas especiais de contratação pública.

De um ponto de vista geral, este novo diploma tinha acima de tudo um propósito de simplificação, desburocratização e flexibilização dos procedimentos de formação de contratos públicos²⁸³, com a justificação de “*aumento de eficiência da despesa pública e a promoção de um mais efetivo, e menos delongado, acesso àqueles contratos por parte dos operadores económicos.*”²⁸⁴ De um ponto de vista mais objetivo, e como referido por Pedro Fernández Sánchez, o que estava em causa era “*simplificar a realização da*

²⁸¹ Nesse mesmo sentido crítico, SILVA, Vasco Pereira, “*Revisitando a “reforminha” do Processo Administrativo de 2019 – “Do útil, do supérfluo e do Erróneo”*”, Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 6, n.º 3, pp. 7 e 8

²⁸² Neste ponto vou utilizar como referência a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 41/XIV/1.^a

²⁸³ Esse objetivo já seria o pretendido pelo legislador em 2017 quando lançou o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, em termos teóricos, mas como aponta Pedro Fernández Sánchez, essa opção na altura poderia ser uma “*mera opção comunicacional para suavização da reação social*”, visto que nesse diploma o pretendido seria reduzir a despesa pública e dificultar a atividade contratual geradora de despesa, o que explicaria as medidas burocráticas dos procedimentos. Neste sentido, SÁNCHEZ, Pedro Fernández, “*A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*”, 2021, Almedina, p. 9

²⁸⁴ Cfr. Exposição de Motivos

despesa pública e eliminar uma parte da carga burocrática que é associada a um procedimento concorrencial e aberto à competição do mercado”.

Além do mais, esta nova lei também teria em vista o papel que a contratação pública poderia ter na aceleração da transição para uma economia circular e na promoção de objetivos sociais, tais como a sustentabilidade, a promoção da contratação de proximidade, a inclusão social e a inovação. Com especial atenção para os municípios enquanto entidades adjudicantes, que podem promover ativamente nos seus procedimentos pré-contratuais normas que estimulem a prossecução de vários objetivos estruturais, como a implementação de economia circular, desenvolvimento de economia local e facilitação de acesso das micro, pequenas e médias empresas ao mercado.

Consequentemente, de forma a atingir os fins propostos o legislador realmente diminuiu os entraves burocráticos e simplificou processos, numa aceitação da necessidade de realizar despesa pública como forma de retoma económica. No entanto, e apesar das eventuais boas intenções do legislador, a verdade é que a *“forma precipitada como algumas dessas medidas de estímulo foram concebidas, respondendo mais a uma pressão social do que a uma séria ponderação de fundo, não pode deixar de causar fortes preocupações.”*²⁸⁵ Poderá até, pela diminuição de formalidades e facilitação de despesa pública, levar a problemas de compatibilização com o princípio da concorrência e com o Direito Europeu.²⁸⁶

Pese embora estas considerações sumárias mais ligadas ao direito substantivo da contratação pública, também foram efetuadas alterações com o fito de *“aprimorar alguns aspetos relativos à tramitação das ações administrativas urgentes de contencioso pré-contratual”*²⁸⁷ Para tal, tiveram em atenção três questões: (i) a citação das entidades demandadas e contrainteressados fica dependente de despacho liminar do juiz, consideradas certas condições, (ii) o encurtamento de prazos de tramitação e quanto ao levantamento do efeito suspensivo e ainda (iii) um novo critério quanto a este incidente.

O que se pretendia aqui, no entendimento do legislador, seria aumentar a celeridade decisória e equilibrar as partes nas ações de contencioso pré-contratual. A questão que se

²⁸⁵ Cfr. SANCHÉZ, Pedro Fernández, Op. Cit., *“A revisão de 2021 ...”*, p. 9

²⁸⁶ Cfr. as conclusões de Pedro Fernández Sánchez, em *“A revisão de 2021 do Código de Contratos Públicos”*, p.241

²⁸⁷ Cfr. *Exposição de Motivos*

coloca, por fim, é se realmente atingiram esse fim ou se o legislador foi longe demais no seu propósito de simplificar o regime processual associado aos procedimentos concursais.

4.2. Alterações Gerais

Feito este caminho inicial cumprirá agora indicar se as alterações feitas, que até podem ter promovido a celeridade decisória, são realmente adequadas ou se foram um retrocesso no desenho do Contencioso Pré-Contratual. Sem esquecer de referir, que fora os artigos que irei indicar aqui, o regime se manteve inalterado em comparação com 2015.²⁸⁸

Quanto ao regime dos recursos, deu-se uma alteração no artigo 143.º do CPTA por força da Lei n.º 118/2019. Foi então seguido, no artigo 143.º, n.º 2, alínea c) e d), o caminho que já era amplamente indicado pela doutrina, com o efeito do recurso a ser meramente devolutivo no que concerne as decisões respeitantes ao pedido de levantamento do efeito suspensivo automático, assim como das decisões respeitantes ao pedido de adoção das medidas provisórias previstas no 103.º -B. Esta alteração foi bem-vinda, uma vez que *“exprime uma regra processual mais adequada e mais racional no quadro do nosso contencioso pré-contratual.”*²⁸⁹

Por outro lado, e por força da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, o artigo 102.º relativo à tramitação geral do Contencioso Pré-Contratual sofreu algumas alterações. Assim, além da alteração numérica dos vários artigos, com o n.º 2, 3, 4, 5 e 6 a passar a 4, 5, 6, 7 e 8, sem qualquer alteração em relação ao regime já analisado no capítulo referente a este artigo, foram aditados o n.º 2 e 3.

Quanto ao número 2 este passou a estipular que *“uma vez distribuído o processo é concluso ao juiz para despacho liminar, a proferir no prazo máximo de 48 horas, no qual, sendo a petição admitida, é ordenada a citação da entidade demandada e dos contrainteressados, com advertência, se verificados os respetivos pressupostos, do disposto n.º 1 do artigo 103.º-A”*, por outro lado, quanto ao n.º 3, este refere que

²⁸⁸ Como é o caso dos artigos 100.º, 101.º, grande parte do 102.º e o 103.º, pelo que as considerações no capítulo 2 no que concerne estes artigos se mantêm.

²⁸⁹ Cfr. GOUVEIA, Paulo Pereira, *“A Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de recursos”*, Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 6, n.º 3, pp. 78 e 79

“constituem fundamento da rejeição da petição inicial a manifesta ausência dos pressupostos processuais ou a manifesta falta de fundamento das pretensões formuladas”.

Ressalta à vista que estas alterações concedem mais poder ao juiz e, ao mesmo tempo, consagram de uma forma clara a possibilidade de rejeitar ações que sejam patentemente desprovidas de fundamentação. Com esta nova exigência processual denota-se, na realidade, um aumento no interesse da rápida estabilização contratual e simplificação da adjudicação à entidade adjudicante, se bem que levará a uma delonga processual entre o despacho liminar e a citação da entidade adjudicante e contrainteressados.

Mas claro que também tem de se entender que poderá servir como uma forma de controlo prévio de pretensões que tenham como único propósito dificultar a atividade da entidade adjudicante recorrendo ao efeito suspensivo automático com intenções meramente dilatórias.^{290_ 291}

Apesar disto, a verdade é que não será provável que sejam liminarmente rejeitadas muitas ações de contencioso pré-contratual, o que só poderá ocorrer em situações demasiado evidentes.²⁹²

Por outro lado, a nova lei de 2019 também alterou o regime das medidas provisórias, previsto no artigo 103.º-B. As alterações em causa foram pequenas e pretendiam uma mera clarificação do conteúdo do artigo.

O n.º 1 passou a estipular que *“nas ações de contencioso pré-contratual em que não se aplique ou tenha sido levantado o efeito suspensivo automático previsto no artigo anterior, o autor pode requerer ao juiz a adoção de medidas provisórias (...)”*. Deste modo, as medidas provisórias só se vão aplicar aos litígios relativos à formação de contratos abrangidos pelo artigo 100.º, n.º 1 e, por outro lado, só é aplicável a litígios não

²⁹⁰ Nesse mesmo sentido, ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, in “Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, Almedina, 2021, p. 862

²⁹¹ Como também foi referido por Marco Caldeira, esta figura poderá *“refrear um pouco o animus litigandi de operadores económicos “temerários” com vista a dissuadi-los de impugnações substancialmente infundadas e que apenas seriam apresentadas com o intuito de beneficiarem da suspensão automática.”* Cfr. CALDEIRA, Marco, Op. Cit. “Contencioso da Contratação Pública”, p.238

²⁹² De todo o modo, e como já referi supra, Ana Celeste Carvalho já entendia que se poderia obter este resultado através do artigo 590.º do Código de Processo Civil. Cfr. CARVALHO, Ana Celeste, “Contratação Pública e contencioso: celeridade e simplificação a quanto obrigas...”, Revista de Direito Administrativo, 2021, n.º 10, p. 36

abrangidos pelo 103.º-A, como já ocorria. No entanto, a novidade deste artigo prende-se com o facto de consagrar a possibilidade de adotar medidas provisórias caso o efeito suspensivo automático tenha sido levantado.²⁹³

Quanto ao n.º 2, a sua redação também foi alterada, passando a figurar que “*o requerimento de adoção de medidas provisórias é processado como um incidente da acção de contencioso pré-contratual, devendo a respetiva tramitação ser determinada pelo juiz, no respeito pelo contraditório e em função da complexidade e urgência do caso.*” A única alteração, além das mudanças na redação, é a confirmação que este incidente é tramitado autonomamente, ainda que por apenso ao processo principal.

Apesar de não sofrer praticamente qualquer alteração, tem de se ter em atenção que com as alterações efetuadas ao 103.º-A, como será analisado *infra*, a importância desta figura certamente irá aumentar nos litígios de contencioso pré-contratual.

Por fim, uma alteração que apesar de não se encontrar necessariamente ligada ao contencioso pré-contratual se encontra intimamente ligada à transposição das *Diretivas* para o direito nacional, é a constante do artigo 283-A do CCP. Não irei abordar o tema com imensa profundidade, tendo já referido sumariamente a privação de efeitos indicada no artigo 2.º D das *Diretivas Recursos*, mas é importante referir as alterações que ocorreram no artigo.

Antes desta alteração, e após a alteração do Código de Contratos Públicos de 2017, a privação de efeitos prevista na *Diretiva* encontrava-se nos números 5 a 8 do artigo 287.º do CCP. Esta inserção sistemática colocava problemas conceituais, visto que deslocou a figura em causa da anulação de contratos com base em vícios procedimentais para artigos relativos à eficácia do contrato.

²⁹³ Como refere José Duarte Coimbra, as medidas provisórias podem ser adotadas quando: a) *Não tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação; b) tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação emergentes de procedimentos pré-contratuais aos quais não seja aplicável o período standstill, c) tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação emergentes de procedimentos aos quais seja aplicável o “período standstill”, mas que sejam propostas em tribunal para além do prazo de 10 dias úteis a contar da notificação de adjudicação, ou d) tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação emergentes de procedimentos aos quais seja aplicável o período standstill, propostas nos 10 dias úteis, mas que o efeitos suspensivo tenha sido levantado.* Cfr. COIMBRA, José Duarte, “*Âmbito de incidência do efeito suspensivo automático e a aplicação da lei no tempo: breve nota a propósito da entrada em vigor da Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*”, *Revista de Direito Administrativo*, 2020, n.º 7, pp. 111 e 112

Desse modo, os contratos seriam ineficazes quando *i)* celebrados na sequência de um procedimento de formação de contrato sem publicação prévia de anúncio do respetivo procedimento no *JOUE*, sempre que tal publicação seja obrigatória, e *ii)* nas hipóteses de inexigibilidade e dispensa de redução do contrato a escrito, quando ao celebração do contrato ocorre antes de decorrido o prazo de 10 dias a contar da notificação do ato de adjudicação, consagrado no n.º 3 do 95.º do CPP, bem como nos casos em que a outorga do contrato se deu antes dos 10 dias contados da data e notificação dos concorrentes, como previsto pelo 104.º, n.º1, a).

Esta situação de ineficácia ao invés de invalidade²⁹⁴ colocava, por si, diversos problemas. Como referido por Ana Raquel Moniz, as questões que se colocavam seriam as seguintes: (i) a leitura do artigo não permitia compreender se a ineficácia em questão carecia de uma declaração judicial ou, pelo contrário, poderia ser constatada pela Administração²⁹⁵, (ii) não havia qualquer prazo para arguir a ineficácia, o que levava a crer que poderia ser arguida a qualquer momento, (iii) o regime previsto no 287.º seria ainda mais rígido do que aquele previsto nas *Diretivas*, que permitia flexibilizar e conferir à declaração de ineficácia um efeito *ex nunc*, isto é, permitia limitar a privação de efeitos às obrigações que ainda devessem ser cumpridas, sem prejuízo de serem aplicadas outras sanções e, por fim, (iv) numa perspetiva mais dogmática, a eficácia está ligada à *operatividade* da ação administrativa enquanto que a validade está ligada à existência ou não de vícios que a comprometem.²⁹⁶

Com a alteração que decorreu da Lei n.º 30/2021 os contratos que eram ineficazes por força do 287.º n.º 5, e já indicados *supra*, mudaram então para o artigo 283.º-A, passando, por sua vez, ao regime de anulabilidade.

Quanto aos contratos celebrados na sequência de um procedimento de formação de contrato sem publicação prévia de anúncio do procedimento no *JOUE*, quando este fosse exigível, a sua invalidade é afastada, nos termos do 283.º-A, n.º2, quando (a) o

²⁹⁴ Para uma visão mais aprofundada e detalhada quanto ao regime de *Invalidade* do contrato no CCP, MONIZ, Ana Raquel, “*A invalidade do Contrato no Código de Contratos Públicos*”, in “*Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos*”, 2016, AAFDL, pp. 1197-1245

²⁹⁵ A Autora refere, no entanto, que considerando apenas o texto do CCP, nomeadamente o 285.º, n.º7, que aponta que o reconhecimento de ineficácia terá de advir de uma decisão de natureza jurisdicional. Cfr. MONIZ, Ana Raquel, Op. Cit., “*A Invalidade do Código de Contratos Públicos*”, p. 1242

²⁹⁶ Cfr. MONIZ, Ana Raquel, Op. Cit., “*A invalidade do Código...*”, pp. 1242 e 1243

procedimento tenha sido escolhido em função de um critério material de adoção de ajuste direto ou consulta prévia, (b) tenha sido publicado anúncio voluntário de transparência previsto no artigo 78.º-A e (c) a outorga do contrato não tenha ocorrido antes de decorridos 10 dias após a data dessa publicação.

Ainda, em qualquer um dos casos previstos no 283.º-A, n.º1, o efeito anulatório poderá ser afastado por decisão judicial ou arbitral, quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença²⁹⁷, e a gravidade da ofensa geradora do vício, se revele que a anulação do contrato é desproporcionada ou contrária à boa-fé. Contudo, a decisão que afasta a anulação tem de determinar a redução da duração do contrato ou uma sanção pecuniária de montante inferior ou igual ao preço contratual.

De tudo o referido, a nova adaptação legal quanto a este artigo foi bem conseguida e insere o preceito onde ele corretamente cabe.²⁹⁸

4.3. Das Alterações Promovidas no âmbito do Efeito Suspensivo Automático

O artigo que mais alterações sofreu desde 2015 foi precisamente o 103.º-A, de uma forma mais profunda em 2019 e com alguns “*afinamentos*” em 2021. Como resulta do caminho percorrido até aqui tal é compreensível, visto que o efeito produzido através do efeito suspensivo automático será, sem dúvida, dos mais importantes para a transposição das *Directivas* bem como sofrerá flutuações mediante a vontade política associada ao Regime do Contencioso Pré-Contratual.

Sucedem que, enquanto que em 2015 a impugnação de adjudicação suspendia automaticamente os efeitos em qualquer procedimento pré-contratual, na nova redação este efeito passou apenas a aplicar-se nas *ações de contencioso pré-contratual tenham por objecto a impugnação de atos de adjudicação relativos a procedimentos aos quais*

²⁹⁷ Também é indicado que o afastamento não pode ser feito unicamente com base na ponderação do interesse económico directamente relacionado com o contrato em causa, nomeadamente, nos custos resultantes de atraso na execução, de abertura de um novo procedimento de formação do contrato, de mudança do cocontratante ou de obrigações legais resultantes da anulação. *Cfr.* 283.º - A, n.º4

²⁹⁸ *Cfr.*, SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Op. Cit.*, “*A revisão de 2021 do Código...*”, p. 99

seja aplicável o disposto no n.º3 do artigo 95.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º do Código dos Contratos Públicos. Portanto, nos litígios relativos a procedimento pré-contratuais em que seja imposto o período de *standstill*.²⁹⁹

Dito de outra forma, o efeito suspensivo automático aplica-se quando “a decisão impugnada tenha sido proferida num procedimento pré-contratual onde vigore uma obrigação legal de observância de um prazo de *stand still* entre a adjudicação e a celebração (ou início de execução) do contrato, o que implica, grosso modo, que estejamos perante um procedimento pré-contratual com publicidade internacional (...) e que a proposta adjudicada não tenha sido a única proposta apresentada nesse procedimento.”³⁰⁰

Além disto, o efeito suspensivo agora depende da propositura da ação *no prazo de 10 dias úteis contados desde a data da notificação da adjudicação a todos os concorrentes*, fazendo equivaler ao prazo de *standstill* previsto no CCP.

Deste modo, ao fazer esta alteração, o legislador optou por uma interpretação estrita da Diretiva e, nesse sentido, como referem Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, “assume que o efeito suspensivo automático da impugnação dos atos de adjudicação relativos a contratos abrangidos pelo Direito Europeu da contratação pública apenas se destina a complementar o período *standstill*.”³⁰¹

Aliás, alguns autores entendiam que a própria solução de 2015 poderia ser excessiva ao ir além daquilo que a Diretiva exigia³⁰², ancorando tal entendimento no n.º 4 do artigo 2.º da Diretiva de 2007. No entanto, não parece existir qualquer exagero por parte do legislador nacional, a Diretiva confere os mínimos que devem ser realizados pelo direito nacional, não impede um aumento de tutela para os interessados e não se encontrava em desconformidade.³⁰³

²⁹⁹ Para uma exposição em que aborda o valor dos contratos que vão estar abrangidos pelo novo efeito suspensivo automático, ver, COIMBRA, José Duarte, Op. Cit., “Âmbito de incidência do efeito suspensivo...”, pp. 112 e 113

³⁰⁰ Cfr. CALDEIRA, Marco, Op. Cit., “Contencioso da Contratação Pública”, p. 230

³⁰¹ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “Comentário ao Código...”, 2021, p. 884

³⁰² Cfr. PEDRO, Ricardo e OLIVEIRA, António Mendes, “Código de Processo nos Tribunais Administrativos – Anotação à Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro”, Almedina, 2019, pp. 181 a 184

³⁰³ Nesse mesmo sentido, ALMEIDA, Mário Aroso, “Manual de Processo Administrativo”, p. 141

Recuando à nova redação do número 1 do artigo 103.º-A, criam-se, portanto, dois regimes distintos quanto à ação de contencioso pré-contratual. Por um lado, se a ação for intentada nos primeiros 10 dias úteis estamos perante um efeito suspensivo automático *ope legis*, por outro lado, se a ação for intentada nos dias após esse prazo até perfazer o mês previsto no artigo 101.º do CPTA, então já não existe qualquer efeito suspensivo, não obstante a possibilidade de recorrer às medidas provisórias previstas no 103.º-B.

Esta alteração legislativa tem sido merecedora de alguma discórdia na doutrina, com posições que são favoráveis a esta alteração, nomeadamente António Cadilha³⁰⁴, Paulo Pereira Gouveia³⁰⁵, Ricardo Pedro e António Mendes Oliveira³⁰⁶ e José Duarte Coimbra³⁰⁷, por outro lado, num sentido oposto, Mário Aroso de Almeida³⁰⁸, Elizabeth Fernandez³⁰⁹ e Vieira de Andrade³¹⁰⁻³¹¹.

No entendimento de Mário Aroso de Almeida, o novo prazo de 10 dias durante o qual a impugnação do ato de adjudicação tem efeito suspensivo, portanto tem um efeito útil, não sendo oposto à Diretiva de Recursos, cumpre os mínimos exigidos. Ora, se é verdade que está cumprida e que não obriga a mais do que o seu cumprimento, a verdade é que também há liberdade para os Estados, dentro desse cumprimento e dos princípios que são preconizados pela mesma, ir mais além.

Logo, o que está aqui em causa é uma mera opção de política legislativa que irá, de uma forma clara, tender para a proteção das entidades adjudicantes e para a garantia de

³⁰⁴ Apesar de ter referido esta alteração como positiva ainda antes de 2019, *Cfr.* Cadilha, António, *Op. Cit.* “*O efeito suspensivo automático da impugnação...*”, pp. 6 a 8

³⁰⁵ GOUVEIA, Paulo Pereira, “*A Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de Recursos*”, e-publica, VOL 6, dezembro 2019, p. 75. O Autor refere que “*Ainda antes de abordar o ponto específico relativo aos recursos, devemos sublinhar que, agora, o n.º 1 do artigo 103.º-A já não é cego ante o período procedimental de standstill previsto no Código de Contratos Públicos*”.

³⁰⁶ *Cfr.* PEDRO, Ricardo e OLIVEIRA, António Mendes, *Op. Cit.* “*Código de Processo nos Tribunais Administrativos – Anotação à Lei n.º 118/2019...*”, pp. 181 a 184

³⁰⁷ *Cfr.* COIMBRA, José Duarte, *Op. Cit.* “*Âmbito de incidência do efeito suspensivo...*”, p. 112

³⁰⁸ *Cfr.* ALMEIDA, Mário Aroso, “*Principais alterações ao CPTA introduzidas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*”, Julgar, 2019, e “*Manual de Processo Administrativo*”, 4ª Edição, pp. 141 e ss.

³⁰⁹ *Cfr.* FERNANDEZ, Elizabeth, “*A degeneração do contencioso pré-contratual dito urgente, num contencioso pré-contratual: o inadmissível ping-pong legislativo na distribuição do ónus do tempo no processo*”, e-publica, Vol 6, n.º 3, dezembro 2019, pp. 51 ss

³¹⁰ *Cfr.* ANDRADE, Vieira, *Op. Cit.*, “*Justiça Administrativa*”, pp.247 e 248

³¹¹ Com uma perspetiva mais ambivalente, CALDEIRA, Marco, *Op. Cit.*, “*O Contencioso...*”, pp. 243 a 248

uma estabilização das situações jurídicas. Ora, apesar de os mínimos estarem cumpridos, não implica que é o limiar perfeito de equilíbrio justo dos interesses envolvidos.³¹²⁻³¹³

Como Mário Aroso Almeida refere, a consagração deste regime em 2015, “*foi determinada pelo propósito de proporcionar uma tutela jurisdicional reforçada aos impugnantes num contexto de risco acrescido da constituição de situações de facto consumado, que põem em causa o direito a uma tutela efetiva, e em que, como já foi notado, são bem conhecidas as enormes dificuldades que envolve a obtenção de tutela cautelar*”.³¹⁴

Esta redução de prazo também poderá ser complexa para os operadores económicos com menor dimensão ou que não tenham um mandatário desde o início do processo, visto que o prazo de 10 dias é inferior ao de 30 dias.³¹⁵

Apesar do que indiquei até este momento, a realidade é que alguns autores, nomeadamente António Cadilha³¹⁶, já tinham referido a incoerência e desproporção em permitir que a ação de contencioso pré-contratual de impugnação do ato de adjudicação produzisse um efeito suspensivo automático após o prazo de *standstill*.

No entanto, num sentido diverso e como irei defender *infra*, a alteração processual ao regime do efeito suspensivo automático e da própria cláusula de *standstill* deveria e poderia ser num sentido de proteger os interessados e aumentar a garantia da tutela

³¹² Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso, Op. Cit., “*Principais alterações ao código...*”, p. 21

³¹³ Num sentido mais pessimista quanto a estas alterações, Elizabeth Fernandez considera que esta nova solução poderá até violar diretamente a Diretiva Recursos, isto porque a alteração legal “*dificulta de forma séria o êxito da tutela inibitória, colocando o ónus do tempo de a obter de novo a cargo do autor e, concomitantemente, reforça a convolação da mesma em tutela ressarcitória por via da verificação de uma situação de facto consumada.*” Cfr. FERNANDEZ, Elizabeth, Op. Cit., “*A degeneração do contencioso...*”, p. 66

³¹⁴ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso, Op. Cit., “*Principais alterações ao Código de Processo nos Tribunais...*”, p.22

³¹⁵ Alerta referido por Ana Celeste Carvalho, in “*Contratação pública e contencioso: celeridade e simplificação a quanto obrigas...*”, in *Revista de Direito Administrativo*, Janeiro- Abril de 2021, p.35. Na qual refere que “*Esse regime exige por parte dos operadores económicos e dos seus respetivos mandatários uma enormíssima capacidade de resposta, o que de todo, será muito difícil de alcançar por parte de concorrentes com uma dimensão económica mais pequena, que possam não ter constituído mandatário judicial logo na fase procedimental ou, mesmo aqueles que o tenham constituído, em face da complexidade do litígio, não consigam organizar a sua estratégia processual e redigir o articulado inicial nesse período...*”.

³¹⁶ O autor indicava, perentoriamente, que seria “*uma solução desproporcional, suscetível de afetar, de forma desmedida, os interesses da entidade adjudicante e do adjudicatário que legitimamente celebram e iniciam a execução do contrato findo esse impedimento procedimental*”. Cfr. CADILHA, António, Op. Cit., “*O efeito suspensivo automático de impugnação...*”, p. 7 e 8

jurisdicional efetiva. Não poderá ser considerado, como atentatório do interesse público, um prazo mais dilatado do que 10 ou 15 dias, visto que a ser verdadeiramente urgente o contrato que subjaz ao litígio poderá sempre ser levantado o efeito suspensivo automático, assim como o próprio prazo de um mês é substancialmente inferior ao prazo normal para uma ação administrativa.

Assim, passado o prazo de 10 dias úteis, o interessado apenas poderá obter a suspensão do ato de adjudicação através de uma medida provisória nos termos do artigo 103.º-B. A diminuição da relevância do 103.º-A do CPTA veio, por outro lado, aumentar a relevância potencial das medidas provisórias.

O n.º 1 ainda refere que a impugnação no prazo de 10 dias “*faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato*”, do que se poderá depreender que este efeito suspensivo se irá manter enquanto houver processo jurisdicional e só deixará de assim o ser com decisão em primeira instância ou em recurso.³¹⁷

Uma segunda alteração de grande relevo foi aquela efetuada ao regime associado ao levantamento do efeito suspensivo automático, tendo sofrido alterações tanto em 2019 como em 2021.

Assim, em 2021, o n.º 2 passou apenas a referir que “*Durante a pendência da ação, a entidade demandada e os contrainteressados podem requerer ao juiz o levantamento do efeito suspensivo previsto no número anterior*”, e, o artigo 4.º, a referir que “*o efeito suspensivo é levantado quando, devidamente ponderados todos os interesses públicos e privados em presença, os prejuízos que resultariam da sua manutenção se mostrem superior aos que podem resultar do seu levantamento.*”

Desde logo fica claro que o incidente de levantamento do efeito suspensivo automático pode ser deduzido na pendência da ação e, portanto, não estará sujeito a prazo, como já antes se sugeria.

Quanto aos critérios de levantamento do efeito suspensivo automático, em 2019 tinha sido efetuada uma primeira clarificação na qual se preceituava que o efeito seria levantado

³¹⁷ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “*Comentário ao...*”, 2021, p. 887

quando “o diferimento da execução do ato seja gravemente prejudicial para o interesse público ou gerados de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”. Esta clarificação continha também alguns problemas, visto que apesar de eliminar o duplo critério anterior a sua redação continuava a não ser a mais simples, ao determinar que o grave prejuízo para o interesse público poderia determinar por si só o levantamento do efeito suspensivo³¹⁸. Além do mais, como foi apontado por Marco Caldeira, as *Diretivas Recursos* pareciam impor uma ponderação de interesses, não fazendo muito sentido o critério do grave prejuízo para o interesse público como absoluto.^{319_320}

No entanto, em 2021, com a nova clarificação jurídica apostou-se num critério de levantamento similar ao das providências cautelares, previsto no 120.º, n. 2º do CPTA.

Pese embora esta simplificação processual, a nova figura do levantamento não é isenta de críticas. A alteração, como indicado Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, mesmo que possa parecer num primeiro momento como equilibrada, esquece o “*reconhecido desequilíbrio que, no plano material dos interesses em confronto, existe no domínio específico das relações jurídico-administrativas de que estamos a tratar, a que o regime da suspensão automática, com a precisa configuração que o presente artigo 103.º -A, na sua redação originária, lhe conferiu, pretendeu dar resposta*”.

Num sentido diverso, Pedro Fernández Sánchez considera que esta alteração é positiva, pois obriga a uma ponderação de todos os interesses e sujeita a mesma à necessidade de superioridade dos interesses favoráveis a esse levantamento, mesmo que não seja uma superioridade manifesta.³²¹

³¹⁸ Problema que também foi levantado por Duarte Rodrigues da Silva, quando refere que a “*norma parece convocar um juízo absoluto: se for gravemente prejudicial, é sempre levantado o efeito suspensivo, independentemente do grau de prejuízo que decorre para o autor*”. Cfr. Op. Cit. “*O levantamento do efeito suspensivo...*”, 2018, p. 45

³¹⁹ Cfr. CALDEIRA, Marco, Op. Cit. “*Contencioso da Contratação...*”, pp. 231 e 232

³²⁰ Mário Aroso de Almeida não entendia o preceito desta forma, pelo contrário, considerava que “*a gravidade do prejuízo para o interesse público não deve ser, pois, avaliada em termos absolutos, mas relativos, só devendo ser considerada suficiente para determina o levantamento do efeito suspensivo quando, devidamente ponderados os interesses em presença, seja de concluir que os danos que para o interesse publico resultariam da manutenção do efeito suspensivo se mostram consideravelmente superiores aqueles que poderiam resultar do seu levantamento.*” Cfr. Op. Cit., “*Principais alterações...*”, p. 25

³²¹ Cfr. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, Op. Cit., “*A Revisão de 2021 do Código de Contratos Públicos*”, p. 226

Não podemos deixar de concordar com o entendimento propugnado pelos autores Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha. Os próprios tribunais, reconhecendo este problema, optou em muitas situações por critérios mais exigentes, além de que, se os interesses forem contrapostos por si só, o *interesse público* na concretização do contrato terá sempre, necessariamente, vantagem em relação a interesses privados meramente financeiros, pelo que será mais fácil e menos exigente para a entidade adjudicante demonstrar a simples superioridade do seu interesse.

Tudo leva a crer que se poderá voltar a um panorama que permitirá um simples levantamento do efeito suspensivo.³²²

Com esta nova redação, e como refere Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, a figura do efeito suspensivo automático perde alguma da sua relevância. Por um lado, é limitado o prazo para colocar a ação e obter um efeito suspensivo automático e, por outro lado, ao assemelhar os critérios de levantamento aos presentes na tutela cautelar já um retrocesso que poderá levar a que seja dada prevalência aos interesses da entidade adjudicante e contrainteressados, visto que os danos de natureza patrimonial da entidade que foi pretendia não vão prevalecer sobre os riscos para o interesse público.³²³ Este critério deixou de exigir um desequilíbrio desproporcionado entre os interesses envolvidos.

Ao mesmo tempo, se optar pelo levantamento, o juiz não poderá adotar outras medidas para atenuar os prejuízos decorrentes da sua decisão, não obstante os requerentes do efeito suspensivo automático poderem pedir medidas provisórias por força do novo 103.º-B.

A última alteração que ocorreu no regime do 103.º-A deu-se no seu número 3. A revisão de 2021 deu a seguinte redação ao artigo: “*o autor dispõe de cinco dias para responder ao pedido do levantamento, seguindo-se, sem mais articulados e no prazo máximo de sete dias após a realização das diligências instrutórias absolutamente indispensáveis, a decisão do incidente pelo juiz.*”. Por um lado, passou a ser estipulada a

³²² Entendimento também sufragado por CALDEIRA, Marco, Op. Cit. “Contencioso da Contratação...”, p. 238

³²³ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit., “Comentário ao...”, 2021, pp. 890 e 891

admissão de diligências instrutórias absolutamente indispensáveis para a decisão³²⁴, por outro, foram diminuídos os prazos para o Autor responder e para o Juiz decidir.

Este encurtamento terá então em vista uma menor morosidade processual, no entanto, não parece que uma mera redução de prazos, especialmente quando está em causa uma diminuição total de 5 dias, seja a resposta aos problemas de morosidade apontados ao contencioso pré-contratual e justiça administrativa no geral. Como refere Marco Caldeira, se os prazos de 10 dias dos juízes já eram ultrapassados antes, de que forma é que a diminuição desse prazo vai aumentar qualquer celeridade?³²⁵ É uma resposta que não resolve nada e até dificulta as posições das partes no processo.

Pelo exposto, é possível constatar que as alterações ao efeito suspensivo automático e levantamento do mesmo foram no sentido de diminuir o seu âmbito, o prazo para aproveitar este efeito e a simplificação do seu levantamento. No caminho que agora se segue, poderá resultar num esvaziamento da efetividade e utilidade do efeito suspensivo automático, com o único propósito de simplificar a adjudicação dos contratos às entidades públicas, o que terá como consequência a dificuldade para os operadores económicos tutelarem a sua posição, especialmente quando tiverem menos meios económicos, assim como dificuldades para a manutenção de um competitivo mercado de contratação pública bem como uma garantia da tutela jurisdicional efetiva que permita um mercado transparente e aberto à concorrência.

³²⁴ A lei foi alterada de forma a permitir que após os articulados sejam realizadas diligências instrutórias absolutamente indispensáveis, assim, a prova deve restringir-se ao mínimo necessário, com o dever de o juiz recusar requerimentos probatórios e outras diligências se não forem absolutamente necessárias. *Cfr.* ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, *Op. Cit.* “*Comentário ao Código...*”, 2021, p. 893

³²⁵ *Cfr.* CALDEIRA, Marco, *Op. Cit.*, “*Contencioso...*”, p. 239

5. Alguns Caminhos a Seguir

5.1. Tribunais Especializados

Um dos caminhos que foi seguido aquando da revisão de 2019 foi a introdução de Juízos Especializados na matéria de contratação pública.

As questões associadas à morosidade dos tribunais administrativos não é uma novidade e é um problema reconhecido, como resulta da própria motivação presente na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 167/XIII³²⁶: “*A necessidade de especialização surge da constatação do elevado volume de processos em determinadas áreas e visa, através da criação de estruturas jurisdicionais dedicadas, alcançar melhor qualidade de resposta, constituindo uma medida determinante para combater o aumento exponencial das pendências nessas áreas.*”³²⁷

Apesar deste reconhecimento de um elevado volume de processos em determinadas áreas, a verdade é que no que concerne o contencioso pré-contratual houve um crescimento estável mas não exponencial quanto ao número de ações intentadas por ano³²⁸, no entanto, e como se constata desse mesmo estudo, existe uma perceção por parte dos diversos intervenientes que, efetivamente, há um grande aumento do número de processos urgentes bem como a tendência dos advogados para aumentar o número de providências cautelares.³²⁹

Assim, por força das alterações com a Lei n.º 114/2019 o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais sofreu diversas alterações, nomeadamente no seu artigo 9.º, que passou a configurar a possibilidade de os tribunais administrativos de círculos a serem desdobrados em juízos sociais, de urbanismo, ambiente e ordenamento do território, e, no que nos interessa juízo de contratos públicos.

³²⁶ Que deu origem à Lei n.º 114/2019.

³²⁷ Para uma visão da evolução dos tribunais administrativos, ver SANTOS, Cristina, “*A especialização da jurisdição administrativa e as situações de emergência – dois desafios contemporâneos*”, in Revista de Direito Administrativo, AAFDL Editora, 2021, n.º 10, pp. 37 a 41

³²⁸ Pelo menos até 2016. Nesse mesmo sentido, “*Justiça e Eficiência: O caso dos Tribunais Administrativos e Fiscais*”, Observatório Permanente da Justiça do Centro de Estudos Sociais de Coimbra, Coord. GOMES, Conceição, fevereiro de 2017, p. 332

³²⁹ *Ibidem*, p. 330 e ss

Seguidamente, e nos termos do presente no recente artigo 44.º-A, n.º1, alínea c) do ETAF, a este juízo “*competirá conhecer de todos os processos relativos à validade dos atos pré-contratuais e interpretação, à validade e execução de contratos administrativos ou de quaisquer outros contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, por pessoas coletivas de direito público ou outras entidades adjudicantes, e à sua formação, incluindo a efetivação de responsabilidade civil pré-contratual e contratual, e das demais matérias que lhe sejam deferidas por lei*”.

Esta criação de novos juízos traz, por si só, naturais vantagens. Desde logo um conjunto de juízes que terá mais experiência e prática na área de contratação pública e, dessa forma, poderá tomar decisões com maior facilidade e com uma maior qualidade técnica.³³⁰ A facilidade acrescida a tomar decisões poderá ter também, como consequência, um aumento da celeridade dos processos e a diminuição de pendências, permitindo um maior número de decisões em tempo útil e menos inconvenientes para as partes envolvidas.

Apesar de tudo o referido, de forma a que esta introdução legal tenha algum efeito prático útil é necessário aumentar os meios previstos para os Tribunais Administrativos, de forma a que seja possível criar estes juízes especializados e ter os recursos humanos capacitados para tal. Assim, não basta uma criação de figuras, mas também o investimento financeiro na contratação de recursos técnicos e humanos, nomeadamente com concursos para juízes dos TAF com mais vagas³³¹. A verdade é que até este momento, e referido por várias vozes em Portugal, um dos problemas que se verifica com

³³⁰ Este entendimento é partilhado por Marco Caldeira in “*Contencioso da Contratação Pública*”, p. 226

³³¹ Apesar de não ter um efeito imediato, mas sim a médio/longo prazo.

a jurisdição administrativa é precisamente a falta de meios,³³² no entanto, deve ser reconhecido o sinal positivo que esta alteração promove.³³³⁻³³⁴

5.2. Arbitragem no Contencioso Pré-Contratual

Sem desejar uma análise excessivamente minuciosa à questão da Arbitragem no âmbito do Direito Administrativo e no Contencioso Pré-Contratual,³³⁵ visto que este tema seria merecedor de atenção detalhada e aprofundada, cumpre referir em traços gerais um regime que tem vindo a ser pedido com maior intensidade por vários autores.

³³² A título exemplificativo, Ana Gouveia Martins e Mário Aroso de Almeida, in “*Atas da Conferência sobre Iniciativas Legislativas de Reforma do Processo Administrativo e Tributário*”, Coord. Por Eduardo Paz Ferreira, Vasco Pereira da Silva, Ana Paula Dourado, João Miranda, Nuno Cunha Rodrigues e Ana Gouveia Martins, ICJP, Lisboa, março de 2019, p. 48 e p.71

³³³ Além da mesma já ter vindo a ser pedida por diversas vozes, nomeadamente, Ana Gouveia, “*Em defesa da Autonomia da Jurisdição Administrativa e Fiscal (depoimentos)*”, CEDIPRE, Coimbra, 2018, p.18 a 23. A autora indica que a “especialização dos juízes responsáveis por dirimir litígios resultantes da aplicação do Direito administrativo e do Direito fiscal impõem-se como uma evidência dada a complexidade e extensão dos domínios abrangidos por estes ramos do Direito.”. Também Fernanda Paula Oliveira ao referir que “julgo que a resolução daquelas deficiências e/ou ineficiências passará por conferir aos Tribunais Administrativos e Fiscais recursos de que eles não dispõem, designadamente reforçando o número de juízes (e o seu estatuto) e, em particular, a sua formação especializada, já que o direito administrativo atual, cada vez mais complexo e regulando novas áreas de atuação da Administração, exige um nível de conhecimentos muito específicos que vão para além do direito administrativo tradicional”, pp. 39 e 40.

³³⁴ Também se deve assinalar que neste momento já existem juízos de contratos públicos no Porto e Lisboa, por força do Decreto-Lei n.º 174/2019 de 13.12

³³⁵ Para mais quanto a uma evolução da arbitragem no âmbito do direito administrativo, cuja análise aprofundada seria matéria capaz de preencher uma dissertação só por si, e especialmente no contencioso pré-contratual, vide CALDEIRA, Marco, “*As arbitragens Pré-Contratuais no Direito Administrativo Português: Entre a Novidade e o Risco de Inefetividade*”, in “*Estudos do Contencioso Pré-Contratual*”, AAFDL Editora, 2017, pp. 75 ss. Assim como CABRAL, Margarida Olazabal, “*A arbitragem no projeto de revisão do CPTA*”, Julgar, 2015, n.º 26, pp. 99 a 119

Desde logo, e a título de enquadramento, a arbitragem pode ser voluntária³³⁶ ou necessária³³⁷, bem como institucionalizada³³⁸ ou *ad hoc*³³⁹, e funciona, fundamentalmente, como um meio alternativo de resolução de litígios, que tem particularidades próprias. Como referido por Artur Flamínio da Silva, António Pedro Pinto Monteiro e Daniela Mirante, podem reconduzir-se a 3 elementos principais: (i) as partes em litígio vão atribuir o poder e competência para a resolução dos seus litígios a um terceiro, (ii) a arbitragem consubstancia uma heterocomposição do litígio vinculativa para as partes, isto é, a decisão obriga as partes e após o trânsito em julgado tem um valor idêntico ao da sentença de um tribunal de primeira instância e, por fim (iii) este mecanismo integra o catálogo de tribunais constitucionalmente previstos.³⁴⁰

Neste momento, apesar de inicialmente não ser assim³⁴¹⁻³⁴², o artigo 180.º, n.º 3 do CPTA revisto em 2019, veio a consagrar de uma forma mais clara o regime associado à arbitragem no âmbito do Contencioso Pré-Contratual, sendo que é necessário articular este regime com o previsto no artigo 476.º do Código de Contratos Públicos. O artigo 180.º consagra então que quando esteja em causa a impugnação de atos administrativos

³³⁶ De uma forma simplificada, a arbitragem voluntária pressupõe que as partes adjudicaram um determinado litígio a um terceiro por vontade própria através de uma convenção de arbitragem que representa uma manifestação de autonomia privada e de liberdade contratual. Cfr. MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio; MIRANTE, Daniela, “Manual de Arbitragem”, Almedina, 2019, pp. 13 a 15

³³⁷ Esta figura é um pouco mais complexa, funcionando como uma arbitragem que, “*não derivando da autonomia da vontade das partes, é imposta por lei especial, confiando a árbitros a resolução de um litígio que passa a ser subtraído à jurisdição dos tribunais que, regra geral, deteriam a competência para julgar uma determinada causa.*”. VINCENTE, Dário Moura, “Da arbitragem Internacional”, p. 27 apud, MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio; MIRANTE, Daniela, Op. Cit. “Manual de Arbitragem”, p. 15

³³⁸ Neste caso o litígio é resolvido por uma *instituição especializada de carácter permanente à qual as partes se dirigem e que tem um carácter de permanência, com um conjunto de regras e regulamentos próprios.* Cfr. GOMES, Pedro Cerqueira, “O contencioso pré-contratual português – Proposta de Revisão à Luz do Direito da União Europeia”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, 2014, p. 329 e MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio; MIRANTE, Daniela, “Manual de Arbitragem”, Almedina, 2019, pp. 18

³³⁹ Neste caso as partes, na convenção de arbitragem, determinam que no surgimento de litígio constituem um tribunal arbitral especificamente para a resolução do mesmo. MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio; MIRANTE, Daniela, “Manual de Arbitragem”, Almedina, 2019, p. 18

³⁴⁰ Para uma análise e exposição ao conceito de Arbitragem mais aprofundada ver MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio; MIRANTE, Daniela, Op. Cit., “Manual de Arbitragem”, pp. 11 a ss

³⁴¹ Antes não existia a possibilidade de submeter os litígios relativos a contratos da Administração pública à arbitragem, quer voluntária quer necessária. Para comentários a esta questão, Cfr. GOMES, Pedro Cerqueira, Op. Cit., “O Contencioso Pré-Contratual Público Português ...”, p. 330

³⁴² Para uma exposição mais alargada quanto ao regime da arbitragem no regime do CPTA de 2015 em ligação com o regime do CCP, vide, SERRÃO, Tiago, “A arbitragem no CCP revisto”, in “Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos”, Coord. GOMES, Carla Amado, PEDRO, Ricardo, SERRÃO, Tiago, CALDEIRA, Marco; AAFDL, pp.1362 a 1365

relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º, o recurso à arbitragem seguirá os termos previstos no Código dos Contratos Públicos.

Apenas ressalvando que o regime processual a aplicar (i) deve ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no presente Código para o contencioso pré-contratual,³⁴³ e que (ii) em litígios de valor igual ou inferior ao previsto no n.º 5 do artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos³⁴⁴, da decisão arbitral cabe recurso urgente para o tribunal administrativo competente, com efeito meramente devolutivo, se essa possibilidade tiver sido salvaguardada pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, ou declarada por algum dos concorrentes ou candidatos nas respetivas propostas ou candidaturas.

Por sua vez, o artigo 476.º permite o recurso a arbitragem para a resolução de litígios emergentes de procedimentos ou contratos a que se aplique o CCP, bem como indica as particularidades associadas a arbitragem institucionalizada ou *ad hoc*. Devemos ainda referir que no n.º 2 deste artigo indica que quando a entidade adjudicante opte pela sujeição destes litígios a arbitragem tem de prever obrigatoriamente: (a) aceitação de todos os interessados, candidatos e concorrentes, da jurisdição de um centro de arbitragem institucionalizado competente, (ii) a necessidade da aceitação, por parte do cocontratante, da jurisdição do centro de arbitragem institucionalizado para a resolução de quaisquer conflitos relativos ao contrato e (iii) o modo de constituição do tribunal e o regime processual a aplicar.³⁴⁵

Deste modo, com a alteração de 2019 houve uma compatibilização entre o regime previsto no CPTA e aquele previsto no CCP³⁴⁶, apesar disso, muitas dúvidas prevalecem quanto ao mesmo. Cumprirá agora indicar algumas das dúvidas que se colocam e que certezas existem, reconhecendo que será uma abordagem superficial do problema.³⁴⁷

³⁴³ Assim, terá de prever soluções de celeridade não inferior àquelas que existem no contencioso pré-contratual urgente. *Cfr.* ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, *Op. Cit.*, “Comentário ao...”, p.1382

³⁴⁴ 500.000,00€

³⁴⁵ Todas estas obrigações de acordo com o modelo previsto no anexo XII do CCP.

³⁴⁶ Nesse mesmo sentido, SERRÃO, Tiago, *Op. Cit.*, “*A arbitragem...*”, p.1365

³⁴⁷ Dúvidas que desde logo se poderiam colocar ao nível de uma eventual inconstitucionalidade e ofensa ao direito europeu da contratação pública por força da imposição prevista nos n.ºs 2 e 3 do CCP. Isto visto que, e como Paulo Pereira Gouveia refere, há aqui “*uma autorização infraconstitucional para a afetação meramente administrativa, através de uma prévia aceitação obrigatória da arbitragem como o meio de resolução de eventuais litígios, do direito de os operadores económicos participarem em procedimentos*”

Por um lado, apesar de o artigo 476.º do CCP referir que tem de existir obrigatoriamente uma aceitação por parte dos concorrentes, não se compreende o que poderá ocorrer se estes não juntarem declarações a aceitar a jurisdição arbitral³⁴⁸, tanto é que os artigos 70.º e 146.^{o349-350}, relativos à exclusão de propostas, não apontam nada de específico. Assim, ao não existir qualquer consequência, apenas se poderá configurar, verdadeiramente, como uma arbitragem voluntária.³⁵¹ De todo o modo, uma obrigatoriedade no sentido de que a não aceitação da arbitragem institucionalizada levaria à exclusão das propostas poderia, até, colocar em causa o próprio princípio da concorrência.³⁵²

Outro problema que se coloca, é que o legislador não definiu uma tramitação especialmente urgente que, assente no intransponível efeito suspensivo das impugnações, e funcionando de forma supletiva, cumprisse o propósito de um julgamento mais rápido e menos oneroso, assim a “*tramitação supletiva é a imperfeita tramitação da ação urgente*”.³⁵³

Além do mais, o regime da forma que está desenhado, confere demasiado poder à entidade adjudicante, que têm a possibilidade de definir se quer a arbitragem, se quer arbitragem institucionalizada ou não, bem como o centro de arbitragem, com a respetiva

administrativos de contratação pública, desde que seja essa a vontade formalizada pela entidade adjudicante nas peças do procedimento. Nada parece justificar este constrangimento sério ao princípio da concorrência e ao princípio da tutela jurisdicional efetiva.”. Nesse sentido GOUVEIA, Paulo Pereira, Cfr. Op. Cit. “A Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, pp.83 a 85

³⁴⁸ NUNES, Adolfo Mesquita, “*A imperfeição da urgência pré-contratual no nosso contencioso*”, in Revista de Direito Administrativo, AAFDL Editora, 2020, p.39

³⁴⁹ Mais a fundo, *Ibidem*, p. 39 e nota 32, 33 e 34

³⁵⁰ Nesse mesmo sentido, se bem que em 2015, Marco Caldeira entendia que não parecia que tenha sido o intuito do legislador de permitir que as entidades adjudicantes imponham unilateralmente aos operadores económicos o regime e a jurisdição competente para dirimir quaisquer litígios num procedimento contratual, ou seja, habilitar uma entidade adjudicante a definir a instância jurisdicional competentes e as regras processuais aplicáveis ao julgamento dos litígios. Cfr. CALDEIRA, Marco, Op. Cit. “*As Arbitragens Pré-Contratuais...*”, p.94

³⁵¹ Adolfo Mesquita Nunes vai ainda mais longe ao indicar que não se pode sequer colocar a possibilidade de a entidade estabelecer a jurisdição como regra específica sobre o procedimento, declarando que a falta de aceitação levará à exclusão da proposta, isso “*configuraria uma verdadeira arbitragem necessária, desta feita imposta por regulamento e não pela lei, em que a parte mais forte decide se quer ou não a jurisdição arbitral e a mais fraca fica privada de contribuir para a conformação do tribunal arbitral, numa absoluta desigualdade de armas.*”. Cfr. NUNES, Adolfo Mesquita, Op. Cit., “*A imperfeição da urgência pré-contratual...*”, p. 39

³⁵² *Para mais desenvolvimento*, SERRÃO, Tiago, Op. Cit., “Arbitragem...”, pp. 1366 e 1369

³⁵³ Cfr. NUNES, Adolfo Mesquita, “*A imperfeição da urgência...*”, p. 40

tramitação do seu interesse e o conjunto de árbitros que lhe aprover, bem como a tramitação a aplicar em caso de arbitragem *ad hoc*.³⁵⁴ ₃₅₅

Em termos práticos também se podem colocar algumas dúvidas no que concerne os recursos para implementar esta solução. Como refere Paulo Gouveia, poderá sair como dispendiosa pela necessidade de criar mais estruturas administrativas bem como a possibilidade de os recursos e pedidos de anulação das decisões arbitrais poderem sobrecarregar os tribunais centrais administrativos.³⁵⁶₃₅₇

Apesar disto, alguns autores consideram positivo o recurso a este tipo de resolução de litígios, ou pelo menos o potencial que tem, sendo assinalável a opinião de Adolfo Mesquita Nunes. No seu entendimento a arbitragem poderia “*funcionar como um instrumento de tutela urgente, já que os centros de arbitragem institucionalizada são frequentemente mais rápidos e baratos do que os tribunais administrativos.*”³⁵⁸₃₅₉

Este autor defende então que, apesar de algumas dificuldades a adequar formalmente a figura, com as devidas nuances esta poderia ser uma opção que transformaria estes centros em “*agências especializadas no julgamento destes litígios*”³⁶⁰, considerando que,

³⁵⁴ *Ibidem*

³⁵⁵ Para um conjunto de possíveis soluções aos problemas elencados, *vide ibidem*, pp. 40 e 41

³⁵⁶ *Cfr.* GOUVEIA, Paulo Pereira, Op. Cit., “*A revisão do Código...*”, p. 83

³⁵⁷ Além das dificuldades relacionadas com o número elevado de contrainteressados, importando referir o 180, n. °2 que dispõe o seguinte: “*quando existam contrainteressados, a regularidade da constituição de tribunal arbitral depende da sua aceitação do compromisso arbitral*”.

³⁵⁸ NUNES, Adolfo Mesquita, Op. Cit., “*A imperfeição da urgência pré-contratual no nosso contencioso*”, p.38

³⁵⁹ Mário Aroso de Almeida também se pronuncia de uma forma favorável a centros de arbitragem institucionalizados, desde que efetuadas algumas alterações. *Cfr.* ALMEIDA, Mário Aroso, Op. Cit. “*Manual de Processo...*”, pp. 543 a 552

³⁶⁰ Para este fito invoca a necessidade de diversas alterações, como é o caso de: a) imposição clara no CCP de arbitragem necessária para alguns dos litígios, b) passaria a ser uma imposição legal de arbitragem pré-contratual em centros de arbitragem institucionalizada, c) esta opção deveria ser acompanhada da definição de normas claras que garantissem regras processuais intransponíveis, organização e funcionamento destes centros no cumprimento da separação de poderes, imparcialidade, igualdade de tratamento, confidencialidade e transparência, com uma composição que respeitasse as diretivas recursos, a publicitação das decisões arbitrais e o direito ao recurso das decisões, além de tudo o referido, d) poderia ser prevista uma tramitação supletiva com urgência suplementar à da ação urgente. *Cfr.* NUNES, Adolfo Mesquita, Op. Cit., “*A imperfeição...*”, pp. 40 e 41

assim como nos juízos especializados, teria seções especializadas a ajuizar sobre essas matérias.^{361_362}

Após tudo o que referi, e admitindo que foi uma visão superficial que apenas pretendia demonstrar um dos caminhos que se poderá seguir para aumentar a celeridade associada ao contencioso pré-contratual através da sujeição de parte dos processos à arbitragem, a verdade é que o sistema ainda tem muitas imperfeições e carece de uma maior clarificação. Não obstante, no futuro, poderá servir como um meio de resolução de litígios com qualidade assinalável. Todavia, e por esta dissertação não se ligar tanto a questões de “*politica legal*” de recursos como questões processuais, não é necessário agora um desenvolvimento maior quanto a este tema.

5.3. Afinamentos ao Efeito Suspensivo Automático

O efeito suspensivo automático, por força do que indiquei no subcapítulo 4.3 viu a sua influência limitada com as revisões de 2019 e 2021.

Como tratamos anteriormente com uma maior profundidade tal resultou de uma vontade de dar prevalência aos valores de celeridade, estabilização contratual assim como dos interesses da entidade adjudicante, tudo isto por força de um alegado pretexto de

³⁶¹ Num sentido um pouco diverso, Pedro Cerqueira Gomes entendia que a arbitragem não seria necessariamente o caminho a seguir e sugeria, ao invés, a criação de um órgão administrativo independente com poderes para-judiciais, como outros países fizeram, com poderes para dirimir litígios com base na lei. Cfr. Op. Cit. “*O Contencioso Pré-Contratual Público Português...*”, pp. 329 a 332.

De todo o modo, e como este Autor também referiu, esta figura já existe noutros países, como é o caso espanhol, que optou pela criação de um “*Tribunal administrativo independiente especializado*”, denominado de “*Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*” que estaria adstrito à matéria contratual. Cfr. FELIU, Jose Maria Gimeno Feliu, “*La experiencia del funcionamiento del recurso administrativo especial y de los tribunales administrativos de contratación pública en España*”, CJA, n.º 115, pp. 6 e ss. Para mais quanto ao funcionamento destes órgãos e do recurso especial em matéria de contratação pública, ver SEBÁSTIAN, Eva M.ª Menéndez, “*Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: una figura inacabada*”, in Revista de Administración Pública, 2012, n.º 188, pp. 365 a 391

³⁶² Num sentido critico quanto à pretendida relevância desta figura, ver, SILVA, Suzana Tavares, “*Notas Breves sobre o presente e futuro da arbitragem administrativa em Portugal*”, in Revista de Direito Administrativo, 2020, n.º 7, pp. 75 a 78. Esta autora, como Pedro Cerqueira Gomes, também defende “*à luz da experiência comparada, da instituição de órgãos administrativos independentes para a resolução de litígios da contratação pública – parece-nos que a arbitragem deve assumir um papel subsidiário.*”

morosidade da justiça administrativa e das dificuldades que as entidades adjudicantes teriam a celebrar os contratos.

A verdade é que as alterações em causa levaram a uma subversão da figura de 2015, limitando de uma forma manifesta o seu impacto e, como consequência, diminuindo a sua influência no âmbito do contencioso pré-contratual e com o consequente abandono de garantias de tutela jurisdicional efetiva musculadas.

Como alguns autores já referidos indicaram, e a meu ver bem, as alterações efetuadas diminuiram a tutela dos participantes nos procedimentos em causa, além de, ao dificultarem a sua defesa, a alteração tem inelutavelmente efeitos prejudiciais para os próprios princípios base da contratação pública, como a concorrência. Além do mais, mesmo o próprio *interesse público* pode sair a perder pois ao dificultar a tutela dos operadores económicos aumenta o risco da adjudicação dos contratos de uma forma ilegal.

Esse risco é natural, mesmo com um prazo superior não há uma garantia absoluta que seja possível anular todos os procedimentos que padecem de ilegalidades, no entanto, esta nova formulação dificulta ainda mais o trabalho das várias empresas interessadas.

Nem se pode dizer que o facto de o prazo ser de 30 dias ao invés de 10 dias uteis irá prejudicar inelutavelmente o *interesse público*. Não se está propriamente a falar de um aumento substancial para a entidade adjudicante, e de todo o modo, se houver uma comprovada urgência na obra, poderia sempre ser levantado o efeito suspensivo automático.

Mais se diga, o novo regime previsto no artigo 102.º do CPTA levará a que pedidos patentemente mal formulados ou sem cabimento legal, sejam afastados de imediato através de despacho do juiz. Mesmo que tal prática não seja necessariamente simples de efetuar, isto é, numa leitura preliminar poderá ser difícil ao julgador constatar que o pedido é ou não fundamentado, mas a verdade é que se este for patentemente errado, pode afastá-lo, diminuindo dessa forma o que Marco Caldeira definia como um “*animus litigandi*” das partes.

Aliás, no processo da diminuição morosidade do contencioso pré-contratual o legislador também diminuiu os prazos de resposta como de decisão do juiz no

levantamento do efeito suspensivo automático, uma redução que terá pouco efeito e cuja necessidade é dúbia, contudo, não vejo um grande mal nessa redução.

Todavia, não posso dizer o mesmo quanto à redução de prazo para intentar uma ação para impugnação dos atos de adjudicação e esta ter a si associada o efeito suspensivo automático.

Já vimos *supra* que as *Diretivas Recursos* não obrigam a um prazo mais dilatado do que os 10 dias em questão, no entanto, também não impedem que os Estados Membro optem por um regime no qual o efeito suspensivo automático tenha um prazo maior.

Reconhecendo a crítica quanto à coerência do sistema, que foi apontada por António Cadilha³⁶³, sigo a posição que já foi defendida por diversos autores, e nesse sentido vejo-me forçado a subscrevê-la reconhecendo que não é originalmente minha, de aumentar o período de *standstill* para 30 dias, bem como o prazo para intentar a ação com o efeito suspensivo automático associado.^{364_365}

Uma interpretação à luz dos vários valores em causa, com os interesses subjacentes às *Diretivas*, nomeadamente garantir que os operadores económicos dos diversos Estados-Membro consigam participar em concursos noutros países, bem como a garantia do respeito das disposições de direito comunitário ou das normas nacionais quanto aos contratos públicos, não se vê prejudicada por uma maior garantia de tutela dos participantes e de um prazo mais alargado de *standstill*.³⁶⁶ Sem esquecer que o prazo de 10 dias sugerido nas *Diretivas* foi fruto do compromisso possível entre os vários Estados-Membro, e não representa, necessariamente o equilíbrio dos interesses envolvidos, podendo até estar sujeito a uma eventual alteração no futuro por se demonstrar que as *Diretivas* não foram tão longe como deviam.³⁶⁷

³⁶³ Cfr. CADILHA, António, Op. Cit. “*O efeito suspensivo...*”, p.9

³⁶⁴ Seguindo este sentido temos, a título de exemplo, ALMEIDA, Mário Aroso, Op. Cit., “Principais alterações ao Código...”, p. 21 e 22. CALDEIRA, Marco, Op. Cit., “*Contencioso dos...*”, p. 247. ANDRADE, Vieira, Op. Cit., “*A Justiça...*”, p.247, nota 620 e ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, Op. Cit. “*Comentário ao Código...*”, 2021, pp. 883 a 887

³⁶⁵ Ficando igual o prazo previsto no artigo 103.ºA e no artigo 101.º do CPTA.

³⁶⁶ Pode-se também referir que na contratação pública há um risco acrescido de constituição de situações de facto consumado e dificuldades históricas na obtenção de tutela cautelar. Como referido também por ALMEIDA, Mário Aroso, Op. Cit., “Principais alterações”, p. 22

³⁶⁷ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso, Op. Cit., “*Principais alterações...*”, p. 21 e 22

Ao mesmo tempo, este prazo de 30 dias não deverá colocar verdadeiramente problemas na justiça Administrativa, ou pelo menos mais problemas do que aqueles que já existem. Mais se diga, o problema crónico de subfinanciamento dos Tribunais e dos recursos que os compõem não se deverá inverter através da diminuição da efetividade da tutela dos operadores económicos, bem como da diminuição dos inconvenientes para a celebração e execução dos contratos públicos por parte das entidades adjudicantes.

Conclusão

Terminado este caminho, e após uma análise à evolução do contencioso pré-contratual, com um enfoque final nas alterações de 2019 e 2021, bem como dos caminhos que se podem seguir para diminuir a morosidade e pendências associadas a este regime, cumpre fazer uma breve análise final ao resultado final das alterações em causa.

Por tudo o que foi exposto até agora, e pelas referências feitas a diversos autores, no nosso entendimento ficou patente que as novas alterações foram positivas em alguns aspetos e, noutros aspetos, não o foram. Deve-se ressaltar, no entanto, que o intuito subjacente às duas alterações, além das questões de morosidade e pendências, foi fundamentalmente o mesmo, aumentar a celeridade da estabilização dos contratos e facilitar a contratação para as entidades adjudicantes.

Nesse caminho, e como pontos positivos que se devem apontar, está o novo regime do artigo 102.º, que torna clara a possibilidade de o juiz rejeitar por despacho liminar ações manifestamente ineptas, o artigo 143.º que clarifica uma questão que se colocava na jurisprudência há alguns anos, em alguma medida a nova roupagem do artigo 103.º-B, que sai revitalizado no seu âmbito de aplicação. Indiretamente, também foi devidamente clarificado o artigo 283.º-A do CCP relativo às invalidades.

Sem esquecer, também se deve dar uma nota positiva às alterações do ETAF que permitiram a criação de juízos especializados e, nesse sentido, podem vir a permitir uma melhor resposta a litígios de contencioso pré-contratual.

Num sentido inverso, e que mereceu ampla crítica da minha parte assim como de reconhecida doutrina, temos as alterações que foram efetuadas ao artigo 103.º-A.

Como primeira crítica, o prazo de 10 dias para intentar a ação de impugnação de ato de adjudicação com o efeito suspensivo automático associado, que deveria ter mantido o prazo de 30 dias e, assim, dificulta e limita a tutela dos operadores económicos preteridos. Como segunda crítica, o novo desenho do levantamento do efeito suspensivo automático, que, não obstante estar simplificado³⁶⁸, limitou o levantamento do efeito suspensivo

³⁶⁸ O que em si não é mau, o facto de ter consagrado simplesmente num artigo em vez de estar de uma forma pouco clara em dois números do 103.ºA.

automático a uma ponderação simples entre prejuízos de cada uma das partes. Esta nova redação terá como consequência o levantamento do efeito suspensivo em mais situações do que o regime anterior, ficando agora ao critério dos tribunais se aplicam uma visão mais exigente do incidente de levantamento. De todo o modo, não pretendendo resolver a questão do critério correto para o levantamento, a disposição deveria ser mais exigente ditar, ao invés de uma ponderação simples, um desequilíbrio desproporcionado, reconhecendo claro que tal obrigaria a um trabalho mais exigente por parte dos tribunais e probatório por parte das entidades adjudicantes.

A questão final que fica no ar é a seguinte, as alterações em causa foram então um avanço ou retrocesso? A resposta é simples, depende. Para as entidades adjudicantes e para o cocontratante são sem dúvida um avanço, as novas alterações vão permitir uma estabilização contratual mais célere. Por outro lado, para as entidades preteridas, que viram as suas garantias de tutela jurisdicional efetiva diminuídas, com uma particular incidência negativa no artigo 103.º-A, estas alterações são um retrocesso.

No que concerne o caminho a seguir, aqui numa visão mais ampla de contencioso pré-contratual e como já exposto *supra*, reconhecendo que as respostas que dou já têm algum eco na doutrina, existem 3 caminhos que se podem ter em atenção: (i) um aumento do número de juízes e meios nos novos juízos especializados, que podem ser uma força para revigorar a celeridade e qualidade de decisões no âmbito do contencioso pré-contratual, (ii) uma clarificação e ajustamento da arbitragem, de forma a que se possa recorrer como meio alternativo que garanta não só os direitos dos participantes nos procedimentos de formação de contratos assim como decisões com qualidade técnica e num prazo útil, sem prejuízo de seguir um caminho ligado a órgãos administrativos independentes como suscitado por vários autores, e, por fim (iii) deve ser reformulado o efeito suspensivo automático e o próprio período de *standstill*, com um aumento para 30 dias, de forma a que haja uma maior proteção das entidades que participam nos concursos públicos e, por inerência, resultados que sejam vantajosos para o *interesse público*.

Bibliografia e Webgrafia:

ALMEIDA, Mário Aroso, “*Arbitragem Administrativa: presente e futuro*”, in Revista de Direito Administrativo, AAFDL Editora, n.º 7, pp. 57 a 61

- “*Teoria Geral do Direito Administrativo*”, Almedina, 6ª Edição, 2020

- “*Manual de Processo Administrativo*”, Almedina, 4ª Edição, 2020

- “*Art. 100.º, n.º 2, do CPTA: mera faculdade ou ónus de impugnação?*”, in Cadernos de Justiça Administrativa, 2011, pp. 45 a 55

- “*Ilegalidades pré-contratuais, impossibilidade de satisfazer a pretensão do autor e indemnização indevida*”, in Cadernos de Justiça Administrativa, 2013, pp. 14 a 22

- “*Principais alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos introduzida pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*”, 2019, Vol. 6, n.º 3, pp. 18 a 30

ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Fernandes, “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, Tomo I e Tomo II, Almedina, 4ª Edição, 2020

- “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, Almedina, 5ª Edição, 2021

AMARAL, Diogo Freitas, “*Curso de Direito Administrativo: Volume II*”, Almedina, 4ª Edição, 2018

ANDRADE, José Carlos Vieira, “*A Justiça Administrativa*”, Almedina, 17.ª Edição, 2019

ARROWSMITH, Sue, “*The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*”, 2014

AYALA, Bernardo Diniz, “*A tutela contenciosa dos particulares em procedimentos de formação de contratos da administração pública: Reflexões sobre o Decreto-Lei n.º*

134/98, de 15 de maio”, in Cadernos de Justiça Administrativa, 1999, n.º 14, pp. 3 a 23

CABRAL, Margarida Olazabal, “*Processos urgentes principais – Em especial, o contencioso pré-contratual*”, in Cadernos de Justiça Administrativa, 2012, n.º 94, pp. 38 a 48

- “*O contencioso pré-contratual no CPTA revisto: Algumas Notas*”, Jurisdição Administrativa e Fiscal, Lisboa Centro de Estudos Judiciários, 2017. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Pr_econtratual.pdf, consultado a 25 de outubro de 2021

- “*A arbitragem no projeto de revisão do CPTA*”, in Julgar, 2015, n.º 26, pp. 99 a 119

CADILHA, António, “*Contencioso Pré-Contratual*”, in Julgar, 2014, n.º 23, pp. 207 a 220

- “*O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação (art. 103.º -A do CPTA): uma transposição reequilibrada da Diretiva Recursos?*”, in Cadernos de Justiça Administrativa, 2016, n.º 119, pp. 4 a 15

CADILHA, Carlos Fernandes, “*A revisão do código de processo nos tribunais administrativos: aspetos inovatórios*”, in “*Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*”, Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Coordenação), AAFDL Editora, 2016, pp. 16 a 37

CADILHA, António e CADILHA, Carlos Fernandes, “*O Contencioso Pré-Contratual e o Regime de Invalidez dos Contratos Públicos*”, Almedina, 2013

CALDEIRA, Marco, “*Contencioso da Contratação Pública*”, in “*Contencioso Administrativo Especial*”, Tiago Serrão e José Duarte Coimbra (Coordenação), AAFDL Editora, 2021, pp.175 a 248

- “*O “novo” contencioso pré-contratual (tópicos desenvolvidos para uma intervenção)*”, in “*Estudos sobre o contencioso pré-contratual*”, AAFDL Editora, 2017, pp. 11 a 57

- “*Novidades no Domínio do Contencioso Pré-Contratual*”, in “*Estudos sobre o contencioso pré-contratual*”, AAFDL Editora, 2017, pp. 137 a 190
 - “*Da legitimidade Activa no Contencioso Pré-Contratual – Em especial os pedidos impugnatórios baseados na ilegalidade das peças procedimentais*”, in “*Estudos sobre o contencioso pré-contratual*”, AAFDL Editora, 2017, pp. 191 a 224
 - “*O fim da impugnação unitária no contencioso pré-contratual? A propósito do Acórdão do STA de 27.01.2011*”, in “*Estudos sobre o contencioso pré-contratual*”, AAFDL Editora, 2017, pp. 225 a 243
 - “*Impugnações Administrativas e Contencioso Pré-Contratual Urgente: Um olhar sobre a jurisprudência*”, in “*Estudos sobre o contencioso pré-contratual*”, AAFDL Editora, 2017, pp. 245 a 515
- CALDEIRA, Marco e SERRÃO, Tiago, “*As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo Português: Entre a novidade e o Risco de Inefectividade*”, in “*Estudos sobre o contencioso pré-contratual*”, AAFDL Editora, 2017, pp. 75 a 110
- CARANTA, Roberto, “*Remedies in EU Public Contract Law: the proceduralisation of EU Public Procurement Legislation*”, in *Review of European Administrative Law*, 2015, Vol 8, pp. 75 a 98
- SILVA, Artur Flamínio e MONTEIRO, António Pedro Pinto e MIRANTE, Daniela, “*Manual de Arbitragem*”, Almedina, 2019
- COIMBRA, José Duarte, “*Âmbito de incidência do efeito suspensivo automático e aplicação da lei no tempo: breve nota a propósito da entrada em vigor da Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*”, in *Revista de Direito Administrativo*, AAFDL Editora, n.º 7, pp. 110 a 115
- CARVALHO, Ana Celeste, “*Contratação Pública e contencioso: celeridade e simplificação a quanto obrigas...*”, in *Revista de Direito Administrativo*, AAFDL Editora, n.º 10, pp. 31 a 36.
- “*Aspectos processuais da ação de contencioso pré-contratual e dos seus incidentes, à luz do CPTA e CCP revistos*”, in *Revista de Direito Administrativo*, 2018..., pp. 32 a 48

- CARVALHO, Raquel, *“Direito da Contratação Pública”*, Universidade Católica Editora, Porto, 2019
- *“A adjudicação inválida (mas não invalidada), o contrato e o direito à tutela judicial efetiva”*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2012, n.º 96, pp. 29 a 42
- “Contratação Pública em Portugal 2019”*, IMPIC, Novembro de 2020. Disponível em <https://www.impic.pt/impic/pt-pt/relatorios-e-dados-estatisticos/relatorios-de-contratacao-publica> , consultado em 25.10.2021.
- DAVID, Sofia, *“Dos meios urgentes previstos no Título IV do CPTA: breve reflexão prática sobre o que temos e o que queremos”*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2012, n.º 94, pp. 49 a 59
- DIAS, Paulo Linhares, *“O Contencioso Pré-Contratual no Código de Processo nos Tribunais Administrativos”*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Setembro de 2007, pp. 755 a 801
- EIRÓ, Vera, *““Que indemnização é esta?” – A aplicação do artigo 102.º, n.º5, do CPTA”*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2007, n.º 62, pp. 41 a 59
- ESTORNINHO, Maria João, *“A recente transposição da Diretiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro, no Ordenamento Jurídico Português”*, in *Revista de Contratos Públicos*, 2011, n.º1, pp. 21 a 30
- *“A propósito do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, e das alterações introduzidas ao regime de contencioso dos contratos da Administração Pública”*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 1998, n.º 11, pp. 3 a 9
- FELIU, José María Gimeno, *“La experiencia del funcionamiento del recurso administrativo especial y de los tribunales administrativos de contrataciones pública en España”*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2016, n.º 115, pp. 3 a 15
- FERNANDEZ, Elizabeth, *“A degeneração do contencioso pré-contratual, dito urgente, num contencioso pós-contratual: o inadmissível ping-pong legislativo na distribuição do ónus do tempo no processo”*, in *Revista Eletrónica de Direito Público*, 2019, Vol 6, n.º3, pp. 53 a 70

- FERREIRA, Rui Cardona, “*A responsabilidade civil pré-contratual das entidades adjudicantes*”, Almedina, 2018
- FONSECA, Isabel Celeste, “*Dos Novos Processos Urgentes no Contencioso Administrativo*”, LEX Lisboa, 2004
- “*A Directiva (Recursos) n.º 2007/66/CE: O reforço da efectividade do contencioso pré-contratual – What else?*”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2008, Vol 5, pp. 49 a 71
- GOMES, Carla Amado, “*A justiça Administrativa 2006/2016*”, in “*40 anos de políticas de justiça em Portugal*”, Maria de Lurdes Rodrigues (Coordenação), 2017, pp. 161 a 179
- Atas da conferência “*Em defesa da autonomia da jurisdição Administrativa e Fiscal (Depoimentos)*”, CEDIPRE, 2018, pp. 27 a 29- Disponível em https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/11/Book_Depoimentos.pdf , consultado a 25.10.2021.
- GOMES, Conceição (Coordenação), “*Justiça e eficiência: O caso dos tribunais Administrativos e Fiscais*”, Observatório Permanente da Justiça do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em <https://eg.uc.pt/handle/10316/87266> , consultado em 25.10.2021.
- GOMES, Pedro Cerqueira, “*O contencioso pré-contratual português – Proposta de Revisão à Luz do Direito da União Europeia*”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, 2014, pp. 291 a 342
- GONÇALVES, Pedro Costa, “*Direito dos Contratos Públicos*”, Almedina, 2ª Edição, 2018
- “*Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*”, Coimbra Editora, 2013
- “*Contencioso administrativo pré-contratual*”, in Cadernos de Justiça Administrativa, 2004, n.º 44, pp. 3 a 11
- “*Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente*”, in Cadernos de Justiça Administrativa, 2007, n.º 62, pp. 3 a 10

- “*O regime jurídico do contencioso pré-contratual não urgente*”, in “*Comentário à revisão do ETAF e do CPTA*”, Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Coordenação), AAFDL Editora, 2016, pp. 541 a 550

- GOUVEIA, Paulo Pereira, “*Revisão das “Diretivas Recursos” em tempos de crise?*”, in *Julgar*, 2014, n.º 23, pp. 193 a 206

- “*A nova ação administrativa do contencioso pré-contratual*”, in *Julgar*, 2015, n.º 26, pp. 41 a 56

- “*A revisão do Código de processo nos tribunais administrativos em matéria de recursos*”, *Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 6, n.º 3, pp. 72 a 86

- LEITÃO, Alexandra, “*A protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*”, Almedina, 2002

- MARTINS, Ana Gouveia, “*Algumas questões sobre a concessão de providência cautelares no âmbito dos procedimentos de formação de contratos*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2011, n.º 85, pp 3 a 17

- “*Os processos urgentes no anteprojecto de revisão do CPTA*”, in *Julgar*, 2014, n.º23, pp. 167 a 191

- Atas da conferência “*Em defesa da autonomia da jurisdição Administrativa e Fiscal (Depoimentos)*”, CEDIPRE, 2018, pp. 11 a 23. Disponível em https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/11/Book_Depoimentos.pdf , consultado a 25.10.2021.

- “*Organização e funcionamento da jurisdição administrativa, em especial, o âmbito da jurisdição e a criação de tribunais administrativos especializados*”, in “*Atas da conferência sobre Iniciativas Legislativas de Reforma do Processo Administrativo e Tributário*”, Eduardo Paz Ferreira, Vasco Pereira da Silva, Ana Paula Dourado, João Miranda e Ana Gouveia Martins (Coordenação), ICJP e CIDP, 2019, pp. 47 a 69. Disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_atasconferencia_reformamacpat_icjp2019_0.pdf, consultado em 25.10.2021.

- MELO, Pedro e CORDEIRO, Maria Ataíde, “*O regime do contencioso pré-contratual urgente*”, in “*Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*”, Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Coordenação), AAFDL Editora, 2016, pp. 655 a 680
- MATOS, André Salgado, “*Contencioso pré-contratual urgente e invalidade dos actos administrativos pré-contratuais*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2007, n.º 62, pp. 11 a 27
- MATOS, Sara Younis Augusto, “*Do âmbito da Acção Administrativa Urgente*”, in *Revista Eletrónica de Direito Público*, 2014, Vol 1, pp. 333 a 362
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “*A invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos*”, in “*Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos*”, Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira (coordenação), AAFDL Editora, 2019, pp. 1197 a 1245
- “*Princípios da Contratação Pública*”, in *Revista dos Contratos Públicos*, 2016, n.º 11, pp. 25 a 69
- NUNES, Adolfo Mesquita, “*A imperfeição da urgência pré-contratual no nosso contencioso*”, in *Revista de Direito Administrativo*, AAFDL Editora, n.º 7, pp. 35 a 42
- “*Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da Diretiva 2007/66/CE*”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, 2009, n.º 1, pp. 35 a 54
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, Atas da conferência “*Em defesa da autonomia da jurisdição Administrativa e Fiscal (Depoimentos)*”, CEDIPRE, 2018, pp. 39 e 40. Disponível em https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/11/Book_Depoimentos.pdf , consultado a 25.10.2021.
- OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, “*O contencioso urgente da contratação pública*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2009, n.º 78, pp. 3 a 16
- “*A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2016, n.º 115, pp. 16 a 26

- PEDRO, Ricardo e OLIVEIRA, António Mendes, “*Código de Processo nos Tribunais Administrativos: Anotações à Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro*”, Almedina, 2019, 1ª Edição
- SÁNCHEZ, Pedro Fernández, “*A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*”, AAFDL Editora, 2021
- “*Impossibilidade de Execução de Sentença Anulatória em Contencioso Pré-Contratual e Determinação do Montante da Indemnização Devida*”, in Jornadas de Direito dos Contratos Públicos, Miguel Assis Raimundo (Coordenação), AAFDL Editora, 2020, pp. 213 a 219
- SANTOS, Cristina, “*A especialização da jurisdição administrativa e as situações de emergência – dois desafios contemporâneos*”, in Revista de Direito Administrativo, AAFDL Editora, n.º 10, pp. 37 a 41
- SEBASTIÁN, Eva Menéndez, “*Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: una figura inacabada*”, in Revista de Administración Pública, 2012, n.º 188, pp. 365 a 391
- SILVA, Duarte Rodrigues, “*O levantamento do efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual*”, in Cadernos Sêrvulo do Contencioso Administrativo e Arbitragem, 01/2016, pp. 3 a 13
- “*O levantamento do efeito suspensivo no contencioso pré-contratual no quadro da proposta de alteração do CPTA*”, in Revista de Direito Administrativo, 2018, n.º3 pp. 43 a 47
- SILVA, Suzana Tavares, “*Notas breves sobre o presente e o futuro da arbitragem administrativa em Portugal*”, in Revista de Direito Administrativo, AAFDL Editora, n.º 7, pp.75 a 78
- “*Revisitando a garantia de tutela jurisdicional efetiva dos administrados*”, in Revista de Direito Público e Regulação, 2010, n.º 5, pp. 127 a 139
- SILVA, Vasco Pereira, “*Revisitando a “reforminha” do processo administrativo de 2019 – “Do útil, do supérfluo e do erróneo”*”, in Revista Eletrónica de Direito Público, 2019, Vol. 6, n.º 3, pp. 6 a 15

SERRÃO, Tiago, “*A arbitragem no CCP Revisto*”, in “*Comentários à Revisão do Código de Contratos Públicos*”, Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira (coordenação), AAFDL Editora, 2019, pp. 1343 a 1378

VIANA, Cláudia, “*A prevenção do “facto consumado” nos procedimentos de contratação pública – uma perspectiva de direito comunitário*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2008, n.º 68, pp. 26 a 37

- “*Recentíssimas alterações do contencioso relativo à formação dos contratos públicos*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2003, n.º 37, pp. 3 a 12

Jurisprudência:

Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, de 07.11.2019, Processo n.º 0601/18.0BELRA-S1, Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, processo n.º 21/20.7BELRA, de 02.07.2020, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdãos do Tribunal Central Administrativo do Sul:

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, processo n.º 21/20.7BELRA, de 02.07.2020, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, processo n.º 2476/19.3BELSB – S1, de 10.09.2020, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do SUL, processo n.º 807/19.5 BELRA – S1, de 18.12.2019 disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, processo n.º 854/19.7BELSB-S1, de 10.12.2019, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 848/18.0BESNT – S2, de 07.03.2019, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 78/17.8BEPDL – A, de 24.05.2018, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo SUL, processo n.º 1997/17.7BELSB – S1, de 14.06.2018, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 1595/17.5BELRA – S1, de 05.04.2018, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 2597/16.4BELSB-A, de 28.02.2018, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 205/17.5BEPRT, de 19.12.2017, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 1904/16.4BELSB-A, de 04.10.2017, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo SUL, processo 27/17.3BELSB-A, de 12.09.2017, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 13747/16, de 24.11.2016, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão 919.16.7BELSB, Tribunal Central Administrativo Sul, de 24.11.2016, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 13444/16, de 14.07.2016, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 1329/16.1BELSB, de 04.10.2017, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdãos do Tribunal Central Administrativo do Norte:

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, processo n.º 00879/17.7BEAVR – S1, de 16.03.2018, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 01832/19.1BEBREG – S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 02801/19.7BEPRT – S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 00955/19.1BEAVR-S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 02326/19.0BEPRT-S1, de 14.02.2020, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 02927/18.4BEBRG-S1, de 28.06.2019, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 01846/19.1BEPRT – S1, de 20.12.2019, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 0867/18.6BEBRG-S1, de 23.11.2018, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 00240/17.3BEVIS – S1, de 02.03.2018, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, 0011317/0BEALM-A, de 04.10.2017, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 02296/17.7BELSB, de 11.05.2017, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 01230/16BEPRT-B, de 18.11.2016, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo n.º 00166/16.8BEPRT-A, de 23.09.2016, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo n.º 00270/17.5BEVIS-A, de 26.01.2018, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 00019/17.2BEVIS-A, de 30.11.2017, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo n.º 00320/17.5BEPRT-A, de 15.09.2017, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 00703/17.0BEPRT-A, de 30.08.2017, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 01237&16.6BEPRT-A, de 18.11.2016, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 00409/17.0BEPRT-A, de 04.08.2017

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 00178/17.4BEPRT-A, de 04.10.2017, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n.º 01223/16.6BEPRT-A, de 12.01.2017, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 25 de outubro de 2021.

Jurisprudência TJUE

Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 28 de outubro de 1999, Processo C-81/98, disponível em www.curia.eu, consultado a 25 de outubro de 2021.

Legislação Consultada:

Código Civil, Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, versão atualizada, consultada em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

Código de Processo Civil, Lei n.º 41/2013 de 26 de Junho, versão atualizada, consultada em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis

Código de Procedimento Administrativo, Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro, versão atualizada, consultada em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis

Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, versão atualizada, consultada em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis&so_miolo= , bem como diversas alterações a este código e versões anteriores:

- Decreto-Lei n.º 267/85, de 15 de julho
- Decreto – Lei n.º 134/98, de 12 de maio
- Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro.
- Lei n.º 4-A/2003, de 19 de fevereiro
- Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro
- Decreto Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro
- Lei n.º 30/2021, de 21 de maio

Código de Contratos Públicos (CCP), Decreto – Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, versão atualizada, consultada em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis , bem como diversas alterações a este código e versões anteriores:

- Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto

Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, versão atualizada, consultada em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=418&tabela=leis

Diretiva 89/665/CEE do Conselho de 21 de dezembro de 1989, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A31989L0665>

Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0013>

Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2007, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32007L0066>

Diretiva n.º 2014/23/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de fevereiro de 2014, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=celex%3A32014L0023>

Diretiva n.º 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de fevereiro de 2014, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>

Diretiva n.º 2014/25/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de fevereiro de 2014, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0025>

Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 41/XIV/1ª, consultada em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959535565a4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764f4751785a4745305a5445744e3255354f5330304f4459334c546b304d6a41745a6d566b597a41314e6a55334d4467794c6d527659773d3d&fich=8d1da4e1-7e99-4867-9420-fedc05657082.doc&Inline=true>

Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 168/XIII, consultada em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a41784d5456694d474d7a4c54497>

[74e6a51744e446c694e4330344d5451784c546b334d5459334e6a4e685a5745334e53356b62324d3d&fich=0115b0c3-2064-49b4-8141-9716763aea75.doc&Inline=true](https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a426a4e4468684d574d314c54466a4e5459744e44466d4d6931694e32466a4c5452684f4745795a446c6d5a6a6b325a53356b62324d3d&fich=0115b0c3-2064-49b4-8141-9716763aea75.doc&Inline=true)

Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 167/XIII, consultada em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a426a4e4468684d574d314c54466a4e5459744e44466d4d6931694e32466a4c5452684f4745795a446c6d5a6a6b325a53356b62324d3d&fich=0c48a1c5-1c56-41f2-b7ac-4a8a2d9ff96e.doc&Inline=true>