

CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL

ANTÓNIO CADILHA

Tendo por base o texto do projecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, em discussão pública, sob iniciativa do Ministério da Justiça, o autor leva a cabo uma análise muito cuidadosa às alterações propostas em sede de contencioso pré-contratual, sendo que a principal novidade, tal como diz e se reconhece na respectiva exposição de motivos, prende-se com um conjunto de soluções que visam a transposição da Directiva 2007/66/CE, de 11 de Dezembro (segunda Directiva Recursos) para o nosso ordenamento jurídico. Numa análise crítica de tais soluções, o autor questiona, por fim, que este novo modelo em discussão possa não vir a traduzir-se, na prática, num efectivo reforço da eficácia dos meios contenciosos de controlo da regularidade dos procedimentos pré-contratuais, avançando com outras soluções “*de iure condendo*”, que passam não só pela previsão de um processo único que inclua o decretamento de medidas provisórias, com carácter especialmente urgente, mas também pela criação de tribunais especializados no seio da Jurisdição Administrativa e Fiscal.

Descritores: Contencioso pré-contratual; Código do Processo nos Tribunais Administrativos; Tribunais Administrativos e Fiscais; Directivas Comunitárias.

I. INTRODUÇÃO

O presente texto corresponde à intervenção efetuada no Colóquio sobre o projeto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“CPTA”), organizado pela Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal, e que teve lugar no dia 10 de abril de 2014, no Porto.

Essa intervenção incidiu especificamente sobre o regime do contencioso pré-contratual, sendo que, neste campo, a principal novidade daquela proposta de revisão — tal como expressamente reconhece a respetiva exposição de motivos — prende-se com um conjunto de soluções que foram introduzidas para proceder à transposição integral da Directiva 2007/66/CE (segunda Directiva “Recursos”) para o nosso ordenamento jurídico.

Neste texto, pretendemos proceder à análise desses aspectos especialmente inovadores, pelo que se justifica que primeiramente se dê nota dos objetivos que se pretenderam atingir através da Directiva 2007/66/CE, e que terão determinado, neste ponto, a reforma do regime do CPTA.

II. ENQUADRAMENTO

1. A Diretiva 2007/66/CE teve por principal finalidade corrigir ou atenuar uma situação — que se entendeu subsistir um pouco por toda a Europa — de *défice de tutela jurisdicional dos participantes em procedimentos de contratação pública*, em particular no que respeita à possibilidade de impugnação, em momento útil, do ato decisivo deste tipo de procedimentos (o ato de adjudicação).

Tal défice resultava de algumas deficiências que atingiam, em termos de configuração e eficácia, os sistemas de contencioso em matéria de contratação pública que vigoravam nos vários Estados-membros no início do processo de revisão da Diretiva “Recursos”.

Uma das principais deficiências prendia-se com a *extrema dificuldade em obter uma sentença judicial de anulação de um contrato público*. Com efeito, mesmo nos Estados-membros em que, embora em moldes diferenciados, se admitia que a ilegalidade de certos atos do procedimento pré-contratual se projetasse sobre a (in)validade do contrato celebrado subsequentemente (como sucede em Portugal), a verdade é que a morosidade associada aos processos impugnatórios tornava, na prática, *extremamente difícil obter uma sentença judicial desse tipo*. Fosse porque (i) quando o tribunal se pronunciava sobre a questão, o contrato já estava plenamente executado ¹, fosse porque (ii) se entendia que a sua anulação representava um prejuízo inaceitável para o interesse público subjacente ao contrato ² ou fosse, ainda, porque (iii) o decurso do tempo tornava os tribunais mais sensíveis à posição do cocontratante alicerçada nos valores da segurança e estabilidade jurídica ³, a prática demonstrava que a “anulação de contratos públicos na sequência da anulação de atos pré-contratuais da entidade adjudicante era uma situação claramente excepcional” ⁴. A celebração e início de execução do contrato tendia a tornar *material* ou *juridicamente irreversíveis* as infrações ao direito da contratação pública — pelo menos no plano da sua reparação natural, por via da reconstituição da situação jurídico-procedimental existente antes de tais infrações ⁵.

¹ O que entre nós leva ao reconhecimento de uma situação de impossibilidade absoluta de satisfação da pretensão do requerente, nos termos do artigo 102.º, n.º 5, do CPTA.

² Interesse público que, na nossa ordem jurídica, pode justificar o afastamento do efeito anulatório por aplicação da cláusula de salvaguarda prevista no artigo 283.º, n.º 4 do CCP.

³ O que pode levar igualmente à aplicação do disposto no artigo 283.º, n.º 4, do CCP. Como exemplos de situações em que isso sucedeu, tendo os tribunais decidido não decretar o efeito invalidante que decorreria, para o contrato, da ilegalidade do ato em que este assentou, argumentando que, atendendo ao decurso do tempo e/ou aos investimentos já realizados pelo adjudicatário, a anulação do contrato se revelaria desproporcional e contrária à boa-fé, cfr., Acórdão do STA de 9 de maio de 2012, Proc. n.º 0760/11, e Acórdão do TCA Sul de 12 de agosto de 2011, Proc n.º 07691/11).

⁴ Cfr. STEEN TREUMER, “Towards an Obligation to Terminate Contracts Concluded in Breach of the EC Public Procurement Rules: The End of the Status on Concluded Public Contracts as Sacred Cows”, in *Public Procurement Law Review* (2007), p. 372.

⁵ Cfr. CARLOS FERNANDES CADILHA/ANTÓNIO CADILHA, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, Coimbra, 2013, p. 49.

Neste contexto, a tutela dos particulares lesados por um ato de adjudicação ilegal estava, na prática, restringida à *dedução de um pedido indemnizatório*. Sucede que, relativamente a esta matéria, reinava, na grande maioria dos Estados-membros — e também entre nós — uma grande incerteza jurídica e uma tendência para a jurisprudência fixar de forma muito restritiva as indemnizações a atribuir. Confrontados com as inúmeras dificuldades que o julgamento de uma ação indemnizatória deste tipo comporta — dificuldades que incidem particularmente (i) sobre o estabelecimento de um *nexo de causalidade* entre a infração cometida e um determinado dano e (ii) sobre o *cômputo* deste dano —, era patente uma tendência (praticamente transversal a todas as ordens jurídicas) para os tribunais limitarem a concessão de indemnizações a casos muitos restritos, em especial quando o objeto do pedido de compensação fosse o interesse contratual positivo (ou seja, a indemnização respeitasse ao benefício/lucro que a execução do contrato poderia trazer ao concorrente lesado) ^{6/7}. Em resumo, neste contexto, também os mecanismos indemnizatórios se revelavam particularmente ineficazes para, através da produção de um efeito dissuasor sobre a conduta das entidades adjudicantes, impedir a verificação de irregularidades nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos.

⁶ Normalmente, nestes casos, exige-se que o concorrente prove que teria uma “chance sérieuse” — uma forte probabilidade — de obter o contrato se não fosse a infração cometida pela entidade adjudicante, ou mesmo que demonstre que, nessa circunstância, teria sido ele o adjudicatário. Ora, basta pensar numa hipótese em que o critério de adjudicação previsto no programa de procedimento não seja o do mais baixo preço ou em que as propostas apresentadas podiam ser objeto de negociação (por se estar no âmbito de um procedimento negociado) para se perceber como poderá ser difícil ao requerente fazer aquela prova, reduzindo-se fortemente as possibilidades de êxito da ação indemnizatória. Citando casos de aplicação jurisprudencial deste critério restrito, em França, FRANÇOIS LICHÈRE, “Damages for violation of EC procurement rules in France”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 4 (2006), pp. 171 e ss.; na Alemanha, ANNE RUBACH-LARSEN, “Damages under German law for infringement of EU procurement law”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 4 (2006), pp. 179 e ss.); e no Reino Unido, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, p. 1379.

⁷ Também entre nós, a atribuição de indemnizações com base no interesse contratual positivo tem sido sucessivamente recusada pela jurisprudência. Em certos casos, tal sucede porque o tribunal não considera verificada a existência de um *nexo de causalidade* entre a ilicitude verificada e o dano invocado (correspondente à perda do benefício económico da execução de negócio), uma vez que “atendendo à álea que preside necessariamente a um procedimento concursal a realizar segundo as regras que o enformam, nunca [o concorrente preterido] poderia ter a garantia que lhe viria a ser feita a adjudicação” (cfr. Acórdão do STA de 7 de outubro de 2009, Proc. n.º 823/09); no mesmo sentido, Acórdãos do STA de 3 de março de 2005, Proc. n.º 41794-A) e de 29 de setembro de 2004, Proc. n.º 1936/03). Noutras situações, a recusa de atribuição de indemnizações deste tipo funda-se na natureza da responsabilidade civil em causa: considerando que a responsabilidade inerente à violação do direito da contratação pública é uma *responsabilidade pré-contratual* (por culpa na formação do contrato), os tribunais administrativos tendem a proceder a uma limitação categorial do dano indemnizável ao interesse negativo (cfr., neste sentido, Acórdão do TCA Sul de 28 de junho de 2012, Proc. n.º 6934/10).

2. O quadro que acabamos de descrever, no que respeita à (in)eficácia dos meios de tutela previstos na Diretiva 89/665/CEE, acabou por redundar na adoção, pelas entidades adjudicantes, de um conjunto de práticas particularmente nocivas para o objetivo de garantir o efetivo cumprimento do direito da contratação pública.

Uma delas respeita à tendência para essas entidades, após a prática do ato de adjudicação, procederem rapidamente à celebração do contrato público visado, por forma a evitar que uma eventual ação judicial — já intentada ou a intentar por algum dos concorrentes vencidos — possa ter consequências relevantes sobre o desfecho do procedimento adjudicatório (fenómeno que ficou conhecido por “corrida à assinatura do contrato”). É que, pelos motivos aduzidos, a outorga do contrato “torna [tendencialmente] irreversíveis os efeitos da adjudicação, colocando a empresa sucumbente na situação de apenas poder reclamar um eventual ressarcimento dos danos (nos casos restritos em que consiga provar a existência de prejuízos efetivos), e sendo-lhe retirada a possibilidade de ser adjudicatária em caso de sucesso do recurso”⁸. Sabendo que o único “risco” que corriam era o de eventualmente virem a ser condenadas a pagar uma indemnização — condenação que dificilmente seria em montante elevado e, que em qualquer caso, só sucederia muito tempo depois, dada a morosidade dos processos indemnizatórios —, o incentivo era para as entidades adjudicantes precipitarem a celebração do contrato, frustrando, assim, a tutela judicial dos concorrentes (ilegalmente) preteridos.

3. Foram estas circunstâncias que em grande medida motivaram a Diretiva 2007/66/CE, levando o legislador comunitário a introduzir um conjunto de inovações destinadas a reforçar a efetividade dos mecanismos de recurso pré-contratuais, de modo a garantir que estes *estejam efetivamente disponíveis num momento prévio à celebração do contrato*, e que as entidades adjudicantes *não possam livremente restringir a sua eficácia*, conseguindo, através da simples celebração antecipada do contrato, evitar o pleno alcance da tutela jurisdicional.

Essas inovações traduziram-se essencialmente na previsão de um “complexo de termos suspensivos mínimos que devem decorrer antes que seja possível [à entidade adjudicante] celebrar o contrato em causa”⁹.

O primeiro é um *termo suspensivo obrigatório*, de natureza procedimental, que deve necessariamente decorrer entre a notificação do resultado do procedimento pré-contratual aos interessados e a celebração do contrato público (cfr. artigo 2.º-A, n.º 2). Trata-se da consagração legal do “período de standstill”, ou seja, de “um impedimento temporário à celebração do contrato, que opera *ex lege* por um determinado período de tempo, independentemente

⁸ Cfr. CLAUDIO DE ABERTIS, *La “Direttiva ricorsi” in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici*, Milano, 2010, p. 3.

⁹ Cfr. GUIDO GRECO, “La Direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.º 5/2008, p. 1041.

da proposição de qualquer ação judicial”¹⁰ — e que entre nós foi introduzido, em 2008, com o CCP, que fixou esse período em 10 dias (artigo 104.º, n.º 1, alínea a)).

Mas o intuito de fortalecer a tutela pré-contratual dos participantes num procedimento de formação de um contrato público não se esgotou na imposição de uma obrigação de “standstill”, que se destina a garantir àqueles participantes tempo suficiente para avaliarem a legalidade do ato de adjudicação e (se for caso disso) ativarem aqueles mecanismos, sem correrem o risco de o contrato ser, entretanto, outorgado. Com efeito, o legislador comunitário teve a noção de que esta medida isolada não representaria qualquer significativo acréscimo de eficácia do sistema se, ao mesmo tempo, não se garantisse que, sempre que um dos concorrentes preteridos *decida efetivamente impugnar* o ato de adjudicação, o tribunal pudesse dispôr do tempo indispensável para apreciar a viabilidade desse pedido, antes da celebração do contrato (ou pelo menos para prolongar a suspensão *ex lege*). Se não se avançasse nesse sentido, a possibilidade de tutela jurisdicional que a paralisação *ex lege* do procedimento proporciona revelar-se-ia meramente teórica, dada a impraticabilidade de obtenção dessa tutela no curto espaço de vigência do “standstill”.

Para acautelar esta situação, a Diretiva 2007/66/CE veio impor, no seu artigo 2.º, n.º 3, que os Estados-membros estabelecessem um *prolongamento automático do efeito suspensivo* decorrente do “standstill” sempre que, no decurso deste, seja deduzida uma pretensão contenciosa — principal ou cautelar — contra o ato de adjudicação. Ficou consignado assim um segundo termo suspensivo, que se distingue do “standstill” por se tratar de uma suspensão não obrigatória mas facultativa, na medida em que depende da utilização, pelo interessado, de meios de reação judicial contra o ato de adjudicação.

Quanto a este ponto, resulta da diretiva, muito claramente, que a vigência deste segundo termo suspensivo só pode terminar com uma *pronúncia de um órgão jurisdicional* sobre a pretensão deduzida contra o ato de adjudicação (e não com um qualquer ato da entidade adjudicante ou qualquer outro facto jurídico). Contudo, os legisladores nacionais dispõem de discricionariedade para definirem qual é essa pronúncia, isto é, qual o momento processual até ao qual perdura esse efeito suspensivo automático, podendo optar por fazer coincidir o fim de tal efeito com um de três momentos:

- i) Uma primeira hipótese é associar esse efeito automático à dedução de uma providência cautelar de suspensão de procedimento, cuja decisão determinaria o fim daquele efeito¹¹;

¹⁰ Cfr. ROSANNA DE NICTOLIS, *Il recepimento della Direttiva Ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, disponível em www.giustiziaamministrativa.it.

¹¹ Neste caso, ou o efeito suspensivo automático cessa, porque a providência é indeferida, ou, se a decisão é favorável ao requerente, o efeito suspensivo que passa a vigorar é o da providência cautelar decretada.

- ii) Uma segunda solução seria a de associar o efeito automático à propositura de uma ação principal de impugnação do ato de adjudicação, só cessando tal efeito com o encerramento desta ¹².
- iii) Uma terceira e última solução passava por associar o efeito automático à propositura de uma ação cautelar ou principal de impugnação do ato de adjudicação, mas prever um mecanismo de avaliação *prévia da admissibilidade da pretensão do requerente* (através da qual o tribunal pudesse levantar o efeito suspensivo automático se, numa apreciação perfunctória das perspetivas de êxito da pretensão impugnatória, se verificasse que esta era manifestamente infundada).

III. DO EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO (ARTIGO 103.º-A)

4. Pretendendo corrigir uma situação de incumprimento manifesto da Diretiva «Recursos», o projeto de revisão do CPTA vem finalmente consagrar, na nossa ordem jurídica, o efeito suspensivo automático decorrente da dedução de uma pretensão jurisdicional contra o ato de adjudicação.

Dispõe o n.º 1 do novo artigo 103.º-A que “*a impugnação de atos de adjudicação no âmbito do contencioso pré-contratual urgente faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado, se tal não tiver já sido obtido através da adoção de providência cautelar*”.

A opção do legislador foi, portanto, a de interligar a produção do efeito suspensivo automático à propositura da ação principal de impugnação do ato de adjudicação — o que, à partida, teria como consequência que esse efeito suspensivo só cessaria no momento em que esta ação viesse a ser julgada improcedente.

Contudo, os autores do projecto tiveram consciência de que esta solução tenderia a revelar-se problemática do ponto de vista da *prossecação do interesse público* subjacente ao contrato público em formação, podendo gerar situações em que a paralisação automática do procedimento, por todo o período de tempo necessário ao julgamento da ação principal de impugnação da adjudicação, afetasse, de forma desproporcionada, a prossecação das necessidades coletivas visadas pelo contrato ou os interesses do adjudicatário. Por isso se prevê, no n.º 2 do mesmo artigo 103.º-A, a possibilidade de quer a entidade demandada, quer os contra-interessados requererem ao juiz o levantamento do efeito suspensivo, “*alegando que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador*

¹² Caso em que, ou o tribunal confere razão ao impugnante — e o ato de adjudicação é eliminado da ordem jurídica, pelo que não pode ser executado — ou o pedido impugnatório é indeferido, extinguindo-se o efeito suspensivo automático e retomando tal ato a sua plena eficácia.

de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”¹³.

Pode dizer-se que esta solução garante a integral conformidade do direito processual nacional com o artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva Recursos, indo ao encontro dos interesses jurídicos que esta Diretiva procura tutelar:

- i) Por um lado, o interesse em garantir que o *direito à tutela jurisdicional dos concorrentes preteridos nesse procedimento* — e, reflexivamente, o interesse pelo respeito da ordem jurídica comunitária e pelos valores concorrenciais que ela pretende implementar na contratação pública — não são postergados pela celebração do contrato público logo após o fim do período de “standstill”, assegurando-lhes que, caso pretendam impugnar o ato de adjudicação durante esse período, a outorga do contrato não pode ocorrer sem que a sua pretensão seja objeto de algum tipo de apreciação judicial;
- ii) Por outro, o interesse em evitar que se produzam *danos desproporcionados* ao interesse público e especialmente nos interesses da *celeridade dos procedimentos de formação dos contratos públicos* e da *eficiência da atuação administrativa*.

A este propósito, poderá suscitar-se a questão de saber se é efetivamente admissível, à luz da Diretiva «Recursos», que a decisão judicial que determina o termo da proibição de execução do ato de adjudicação apenas se poderá fundar na ponderação dos *efeitos* da suspensão, e não no *mérito* da posição do requerente (isto é, na viabilidade da pretensão deduzida em juízo contra o ato de adjudicação).

A verdade é que é a própria Diretiva 89/665/CEE a admitir que os Estados-membros possam condicionar a decisão sobre a adoção de medidas cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos a uma ponderação dos interesses envolvidos, podendo tais medidas ser indeferidas “*sempre que as consequências negativas possam superar as vantagens*” (cfr. artigo 2.º, n.º 5). E, nesse sentido, parece não existir obstáculo a que se aceite a *antecipação* deste juízo ponderativo para a fase em que é apreciada a manutenção ou levantamento do efeito suspensivo automático, desde que se garanta que o juiz dispõe, aí, dos elementos necessários para levar a cabo esse julgamento. Na verdade, se, no caso de ser requerida a suspensão de eficácia do ato de adjudicação em processo cautelar, o juiz poderá sempre negar a providência (o que implica o levantamento da proibição de execução) com o argumento de que esta provoca ao interesse público ou a terceiros danos mais graves do que aqueles que pretende evitar à esfera jurídica do requerente (cfr. artigo 132.º, n.º 6), por identidade de razão o poderá fazer

¹³ Este mecanismo de levantamento do efeito suspensivo com base num critério de ponderação de interesses está sujeito a prazos apertados para a sua resolução, estabelecendo-se que a resposta do demandado deverá ocorrer num prazo de 7 dias e a posterior decisão do juiz num prazo de 10 dias.

em relação ao efeito suspensivo automático (que se caracteriza como um mecanismo pré-cautelares).

5. Uma outra questão que pode colocar-se, a propósito deste novo artigo 103.º-A, é a de saber se o seu âmbito de aplicação deve abranger — tal como parece sugerir a formulação proposta — qualquer situação em que seja deduzida uma impugnação contra atos de adjudicação.

Neste plano, é necessário ter em conta que o objetivo da normação comunitária (perceptível, designadamente, pelos considerandos da Diretiva) não é o de impor um efeito suspensivo em situações em que a entidade adjudicante estivesse já habilitada a celebrar o contrato, mas sim o de *prolongar*, através de um mecanismo processual desencadeado automaticamente em caso de recurso aos tribunais, a proibição de execução que eventualmente esteja em vigor em resultado da obrigação de “standstill”. Sendo assim, parece-nos que existem duas categorias de casos relativamente às quais não se justificará prever o efeito suspensivo automático do ato de adjudicação:

- a) A primeira prende-se com as situações em que, à partida, *não vigore a regra do “standstill”*. Como é sabido, em concretização do direito comunitário, o CCP consagra diversas exceções a tal regra, abrangendo (i) quer as situações em que inexistente publicidade internacional do procedimento pré-contratual (designadamente procedimentos de ajuste direto), quer (ii) a celebração de determinados contratos ao abrigo de acordos-quadro. Se nestes casos não foi fixada a obrigação de “standstill” é porque o legislador reconheceu que, atendendo ao tipo de procedimentos que estão em causa e aos interesses que importa acautelar, não é adequado sujeitar a Administração à proibição de celebrar o contrato logo após a prática do ato de adjudicação, pelo que não parece justificar-se — por razões de coerência do ordenamento jurídico — que o legislador processual venha mais tarde associar um efeito suspensivo automático à eventual impugnação do ato de adjudicação.
- b) Um segundo grupo de situações em que não se justificará prever o efeito suspensivo automático do ato de adjudicação reporta-se aos casos em que, existindo uma obrigação de “standstill”, a ação impugnatória é interposta pelo particular já depois de terminado esse período suspensivo procedimental. Se o CCP impõe à entidade adjudicante que, após a prática da decisão de adjudicação, respeite um determinado período de tempo antes de celebrar o contrato, o particular deve ter o ónus de utilizar essa dilação para impugnar o ato de adjudicação e assim obter um prolongamento do efeito suspensivo. Se o interessado deixou transcorrer o prazo de “standstill” — caso em que a Administração estará habilitada a celebrar o contrato — não parece razoável, por razões de segurança jurídica, que a entidade adjudicante fique sujeita ao risco de a qualquer momento se desencadear um novo efeito suspensivo automático por via da impugnação do ato de adjudicação.

IV. DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS (ARTIGO 103.º-B)

6. Para além do efeito suspensivo automático da impugnação do ato de adjudicação, a que se refere o artigo 103.º-A, um segundo aspeto particularmente inovador do projeto de revisão do CPTA, no que respeita ao contencioso pré-contratual, consiste na possibilidade de adoção de medidas provisórias, prevista no artigo 103.º-B.

Essas medidas — que podem ser requeridas pelo autor da ação de contencioso pré-contratual ou determinadas oficiosamente pelo juiz — são, nos termos desse dispositivo, “*dirigidas a prevenir o risco de, no momento em que a sentença venha a ser produzida, se ter constituído uma situação de facto consumado, por já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário*”.

O que se pretende, com este novo mecanismo processual, é alcançar uma regulação provisória dos interesses envolvidos no litígio que garanta a *utilidade* do processo principal, evitando o *periculum in mora*: isto é, o risco de que, quando o processo chegue ao seu termo, a decisão nele proferida já não venha a tempo de dar resposta adequada à pretensão do requerente, permitindo a reconstituição do procedimento pré-contratual por forma a corrigir a infração ao direito da contratação pública.

Esta finalidade é normalmente prosseguida através de meios de tutela cautelar, com tramitação autónoma em relação ao processo principal. No caso dos procedimentos de formação de contratos públicos, a tutela cautelar é objeto de uma regulação específica, contida no artigo 132.º, que a proposta de revisão do CPTA mantém, com ligeiras alterações, continuando por isso a existir a possibilidade de se requererem providências cautelares destinadas a evitar a produção de danos aos interesses em presença em procedimentos pré-contratuais, incluindo a suspensão do procedimento pré-contratual e a proibição da celebração ou da execução do contrato.

Neste enquadramento sistemático, para se compreender o alcance das medidas provisórias a que se refere o artigo 103.º-B é necessário estabelecer o confronto com as providências cautelares relativas a procedimentos pré-contratuais a que continua a fazer alusão o artigo 132.º.

Há essencialmente três aspectos em que os dois instrumentos se diferenciam:

- i) Um primeiro elemento distintivo respeita à *iniciativa processual*: enquanto as medidas provisórias do artigo 103.º-B podem surgir sob o impulso do interessado ou ser determinadas oficiosamente pelo juiz, as providências cautelares a que se refere o artigo 132.º são proferidas *sempre* a requerimento do particular, ainda que o juiz possa adotar providência ou providências diferentes das requeridas quando seja necessário atenuar os danos aos demais interesses em presença (cfr. artigo 132.º, n.º 5, *in fine*).

- ii) Em segundo lugar, as medidas provisórias distinguem-se das providências cautelares quanto à respetiva *forma de tramitação*, na medida em que são adotadas “*no âmbito do processo do contencioso pré-contratual urgente*” e, portanto, são processadas como um incidente processual nos próprios autos da ação principal, ao contrário do que sucede com os processos cautelares, que implicam que um requerimento de adoção da providência seja tramitado autonomamente, ainda que por apenso ao processo principal. Acresce que a tramitação do incidente destinado à adoção de medidas provisórias caracteriza-se por uma maior flexibilidade relativamente à tramitação do processo cautelar, no ponto em que apenas exige o cumprimento do princípio do contraditório, conferindo ao juiz a liberdade de adaptar os trâmites à complexidade e urgência da causa.
- iii) Por fim, as medidas provisórias distinguem-se das providências cautelares no que respeita ao *critério de decisão*: de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 103.º-B, o juiz, quando decide sobre a adoção de uma medida provisória, deve julgar “*segundo os critérios dos n.ºs 1 e 2 do artigo 120.º*”. O que significa que tal medida só pode ser decretada se estiverem reunidos os três requisitos aí previstos: (i) existir uma situação de *periculum in mora* que importe acautelar; (ii) não for manifesta a falta de fundamento da pretensão principal impugnatória que tenha sido formulada (*fumus non malus juris*); e (iii) a adoção da medida provisória não cause danos desproporcionados relativamente àqueles que pretende evitar.

Já as providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos, por força da norma especial contida no n.º 5 do artigo 132.º, estão sujeitas a critérios de decisão menos exigentes, visto que a concessão da providência *depende exclusivamente da ponderação dos interesses em presença* (prescindindo-se da demonstração do risco da ocorrência de uma situação de facto consumado — ou pelo menos da existência de prejuízos de difícil reparação —, bem como da prova da não improbabilidade da procedência da ação principal).

Diferenciando-se pela *iniciativa, forma de tramitação e critérios de decisão*, as providências cautelares e as medidas provisórias mantêm uma identidade de finalidade e de objecto: destinam-se, em qualquer dos casos, a acautelar a utilidade da pretensão principal deduzida e obedecem a um princípio de atipicidade, isto é, através de qualquer desses meios é possível requerer e adotar *quaisquer providências* que se mostrem adequadas a evitar a constituição de uma situação de facto consumado.

7. Neste contexto geral de referência, poderá perguntar-se se as medidas provisórias poderão constituir um instrumento efetivamente útil e eficaz para garantir a tutela jurisdicional dos interesses dos participantes nos procedimentos pré-contratuais.

A nosso ver, a resposta a esta questão é tendencialmente negativa, sendo difícil imaginar situações em que se poderá, com vantagem, recorrer às medidas provisórias para acautelar os interesses dos particulares lesados por atos procedimentais ilegais, sejam eles atos de adjudicação (i) ou outros atos integrados no procedimento pré-contratual (ii):

- i) O ato de adjudicação seria tipicamente a decisão em relação à qual se justificaria a adoção de medidas provisórias nos termos do artigo 103.º-B. Tratando-se de um ato que imediatamente precede a celebração do contrato, o ato de adjudicação é aquele cuja execução acarreta normalmente o risco de produção de uma situação de facto consumado que as medidas provisórias se destinam justamente a evitar. Sucede que este risco é já devidamente acautelado pelo efeito suspensivo automático previsto no artigo 103.º-A. De acordo com a proposta de revisão do CPTA, a mera impugnação do ato de adjudicação gera a automática paralisação dos seus efeitos, pelo que não haverá necessidade de se lançar mão de qualquer medida provisória que se destine a obter esse mesmo efeito suspensivo. Poder-se-ia equacionar a possibilidade de adoção de medidas provisórias quando haja lugar ao levantamento do efeito suspensivo automático na sequência do incidente previsto no n.º 2 do artigo 103.º-A do CPTA. Mas importa notar que, em qualquer dos casos, o *critério de decisão assenta essencialmente numa ponderação dos interesses em presença*: o juiz recorre ao critério previsto no n.º 2 do artigo 120.º para o levantamento do efeito suspensivo automático e aos critérios previstos nos n.ºs 1 e 2 desse artigo para a adoção de uma medida provisória, sendo que a alusão ao n.º 1 do artigo 120.º, neste último caso, sempre se justificaria por estar em causa uma medida que se destina a evitar uma situação de facto consumado. Sendo assim, se o juiz decidiu levantar o efeito suspensivo automático por considerar que a paralisação do procedimento geraria prejuízos desproporcionados para o interesse público, normalmente não alterará esse ponto de vista se entretanto vier a ser requerida uma medida provisória em vista a evitar a celebração do contrato na sequência do ato de adjudicação. Ou seja, a *ponderação de interesses*, que conduz ao levantamento do efeito suspensivo em detrimento do interesse do concorrente que poderá ver a sua posição afetada pela outorga do contrato, há-de igualmente determinar a recusa de uma medida provisória que subsequentemente vise a suspensão do procedimento ¹⁴.

¹⁴ Só assim não será quando entretanto ocorrer uma alteração relevante das circunstâncias de facto inicialmente existentes — ou seja, quando se verifique uma situação em que, nos termos do artigo 124.º, pudesse haver lugar à alteração ou substituição de providência que tivesse sido decretada.

- ii) Considerando que a adoção de medidas provisórias tem lugar em “qualquer processo de contencioso pré-contratual” (e não apenas quando esteja em causa a impugnação de um ato de adjudicação), outras situações que poderiam justificar o recurso às medidas provisórias, em vista ao risco de ocorrência de uma situação de facto consumado, seriam, por exemplo aquelas em que a proposta de um concorrente tivesse sido ilegalmente excluída de um concurso ou os documentos de conformação do procedimento tivessem sido elaborados em termos de impedir ilicitamente a participação de um potencial interessado. No entanto, em qualquer destes casos, o interessado sempre poderá requerer, nos termos gerais, uma providência destinada a obter a admissão provisória da proposta, beneficiando da aplicação de critérios de decisão menos exigentes, visto que aí a providência seria decretada segundo uma ponderação de interesses (como prevê o n.º 5 do artigo 132.º). E, por outro lado, poderia obter o efeito suspensivo automático a que se refere o artigo 103.º-A, mediante a ulterior impugnação do ato de adjudicação, usando da faculdade de ampliar o objeto do processo, inicialmente dirigido contra o ato de exclusão, ao ato consequente de adjudicação (nos termos do artigo 103.º), ou impugnando autonomamente esse ato.

V. SÍNTESE CONCLUSIVA

8. Em suma, a proposta de revisão do CPTA vem finalmente conformar o nosso regime de contencioso pré-contratual com a Diretiva «Recursos» de 2007.

Com efeito, esta Diretiva veio exigir que, sendo formulada uma pretensão jurisdicional contra o ato de adjudicação, o efeito suspensivo da celebração do contrato, que resultava da obrigação de “standstill”, seja mantido continuamente, sem hiatos temporais, até que uma instância totalmente independente e imparcial possa emitir uma primeira pronúncia sobre essa pretensão. Esta exigência é acatada com a previsão do efeito suspensivo automático associado à impugnação do ato de adjudicação, que passa a estar previsto no artigo 103.º-A do CPTA, ainda que seja possível o levantamento do efeito suspensivo por decisão judicial a requerimento da entidade demandada e dos contra-interessados.

Não é, no entanto, evidente que este novo modelo venha a traduzir-se, na prática, num efetivo reforço da eficácia dos meios contenciosos de controlo da regularidade dos procedimentos pré-contratuais.

Partindo da tradição jurisprudencial portuguesa neste domínio e dos habituais métodos de litigância do contraente público, é de admitir como provável, face ao novo regime jurídico, o frequente recurso, por parte das entidades adjudicantes, ao incidente de levantamento do efeito suspensivo automático e a tendencial adoção de decisões judiciais que atribuam preva-

lência ao interesse público no confronto com os interesses particulares em presença quando esse incidente tenha sido suscitado.

Com efeito, existe uma similaridade clara entre a decisão desse incidente e a decisão de uma providência cautelar de suspensão de um ato de adjudicação. Ora, neste último caso, os tribunais, tendo de comparar o risco de produção de prejuízos de natureza patrimonial (como são aqueles que afetam a esfera jurídica dos concorrentes preteridos) com o risco de produção de prejuízos de ordem imaterial (como são tipicamente aqueles que respeitam à prossecução e execução ótima — que será sempre a temporalmente mais imediata — das tarefas administrativas às quais os contratos públicos estão funcionalizados), inclinam-se a privilegiar esta segunda ordem de interesses. E tomam tal opção, sobretudo, porque têm consciência de que o processo principal de contencioso pré-contratual atualmente consagrado no CPTA *não é efetivamente apto a garantir uma decisão célere das pretensões impugnatórias de atos procedimentais*. Neste contexto, a decisão de manter o efeito suspensivo que decorre automaticamente da lei com a instauração da ação de impugnação do ato de adjudicação, que vigoraria enquanto decorre aquele processo, revelar-se-á sempre problemática, porque, perante a demora no julgamento destas ações principais, os tribunais tenderão a antever que, findo o efeito paralisante, terão sido entretanto inaceitavelmente afetadas as necessidades coletivas prosseguidas pelo contrato público visado.

Por outro lado, o expediente previsto no artigo 103.º-B, enquanto medida cautelar complementar, ainda que se revista da vantagem potencial de regular provisoriamente a situação jurídica no âmbito do próprio *processo principal*, como medida especificamente destinada a evitar a situação de facto consumado, tem um reduzido interesse prático para além do efeito suspensivo *ex lege* que resulta já do artigo 103.º-A, n.º 1, e da eventual decisão de indeferimento do levantamento do efeito suspensivo, quando tenha sido requerida. Isso na medida em que dificilmente se poderá conceber uma medida provisória que substitua ou acrescente algo mais ao efeito suspensivo automático (mesmo quando estejam em causa atos prévios ao ato de adjudicação) ou que permita contrariar o levantamento desse efeito suspensivo quando seja judicialmente decretado nos termos do n.º 2 do artigo 103.º-A.

É, além disso, discutível a vantagem da solução legislativa contida no artigo 103.º-B quando é certo que as medidas provisórias no âmbito do processo principal poderão ser adotadas concorrentemente com outras providências cautelares que poderão ser requeridas especificamente nos termos do artigo 132.º. E que, desse modo, dão lugar a uma duplicação processual (processo principal com possibilidade de adoção de medidas provisórias e processo cautelar a correr em apenso ao processo principal) e a um agravamento da complexidade (com um maior dispêndio de tempo), que resulta de o juiz ter de decidir concomitantemente medidas cautelares paralelas, sucessivas ou contrapostas por via da utilização conjunta dos mecanismos dos artigos 103.º-B e 132.º.

9. Por tudo o que se deixa exposto, e para concluir, parece-nos que a única forma de dar resposta adequada à situação de urgência que existe quando um concorrente preterido num procedimento pré-contratual lança mão de uma ação de impugnação — sem lesar, desnecessária e desproporcionalmente, outros valores e bens jurídicos relevantes — seria a de regular o processo principal de impugnação do ato de adjudicação como um *processo efetivamente urgente*, conferindo-lhe, simultaneamente, um efeito suspensivo automático do procedimento pré-contratual, que permita garantir a utilidade da decisão de fundo a proferir, e que só pudesse ser levantado judicialmente quando se pudesse demonstrar com suficiente grau de probabilidade a inviabilidade da pretensão deduzida pelo impugnante (aproveitando uma das possibilidades abertas pela diretiva comunitária).

Para garantir uma tramitação efetivamente urgente — e ao mesmo tempo evitar os atrasos que ela seria suscetível de gerar no julgamento dos restantes litígios entregues à jurisdição administrativa — seria necessário entregar a decisão de tais processos a *tribunais especializados*. Solução que se mostra ser plenamente justificada¹⁵, quer pela necessidade de garantir a celeridade dos processos de impugnação de atos pré-contratuais (tendo em conta que a celebração do contrato na sequência do ato de adjudicação constitui um efetivo obstáculo à reparação integral dos prejuízos sofridos pela eventual infração às regras da contratação pública), quer pela própria complexidade do quadro jurídico-legal aplicável neste domínio (sendo hoje amplamente reconhecido que a disciplina jurídica dos procedimentos de contratação pública é, pela sua extensão e densidade normativa, uma das que maiores dificuldades aplicativas suscita no vasto campo do Direito Administrativo).

Por outro lado, desde que configurada como único instrumento cautelar, a adoção de medidas provisórias no âmbito do processo principal de contencioso pré-contratual, tal como prevê o artigo 103.º-B, poderá ter a virtualidade de garantir uma maior efetividade da tutela jurisdicional na medida em que permite agilizar a regulação provisória dos interesses em jogo. Desse modo, permitir-se-ia concentrar a resolução do litígio, incluindo a sua regulação provisória, no processo principal, com vantagens de simplificação e celeridade processuais, e sem o inconveniente da duplicação de procedimentos que é potenciada pela articulação das normas dos artigos 103.º-B e 132.º. E, nesse sentido, seria necessário uniformizar os critérios de decisão, tornando aplicável o critério de ponderação de interesses segundo o princípio da proporcionalidade, já atualmente previsto no artigo 132.º do CPTA, para qualquer medida provisória a requerer no âmbito do processo de contencioso pré-contratual.

É esta a nossa proposta: um processo único, que inclua o decretamento incidental de medidas provisórias, com carácter especialmente urgente, a dirimir por tribunais especializados, e que contemple para a impugnação do ato de adjudicação um efeito suspensivo automático que só possa ser levantado por decisão judicial que reconheça a provável improcedência da ação.

¹⁵ Cfr. CARLOS FERNANDES CADILHA/ANTÓNIO CADILHA, *O contencioso pré-contratual cit.*, p. 329.