

RESPONSABILIDADE CIVIL NOS PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

(NOTAS AO ARTIGO 7.º/2 DA LEI N.º 67/2007, DE 31 DE DEZEMBRO)

ESPERANÇA MEALHA

A Autora faz no presente artigo uma análise exaustiva e inovadora de um ponto particular da recente Lei da responsabilidade civil extracontratual do Estado, relativo às indemnizações a atribuir por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação de contratos, assentando no pressuposto de que “a contratação pública é antes de tudo direito administrativo europeu”. Todo o texto, em ligação com a norma em análise, tem por desiderato a circunstância do funcionamento do mercado único exigir que os poderes públicos, em toda a União Europeia, adoptem procedimentos de escolha dos co-contratantes que garantam a concorrência e respeitem princípios de igualdade de tratamento, não discriminação, transparência, reconhecimento mútuo e proporcionalidade, o que passará necessariamente por uma mais transparente e eficaz articulação entre as normas de direito interno e as normas Comunitárias que aquelas visam transpor e aplicar no direito nacional, o que não pode passar pela mera introdução de normas remissivas, vazias de conteúdo.

SUMÁRIO: 1. Artigo 7.º/2 da Lei n.º 67/2007; 2. Directivas *recursos*; 3. “Requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário”; 4. Acto ilícito; 5. Inexigibilidade de culpa; 6. Nexo de causalidade; 7. Dano; 8. Culpa do lesado; 9. Acção de indemnização.

1. ARTIGO 7.º/2 DA LEI N.º 67/2007

O artigo 7.º/2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, reza assim (na redacção original):

“2 — É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, nos termos da presente lei.”

Como resulta da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 56/X, de 28 de Janeiro de 2006 (que deu origem à Lei n.º 67/2007)¹, a razão de ser

¹ Os anteriores projectos, vertidos na Proposta de Lei n.º 95/VIII, no Projecto de Lei n.º 148/IX e na Proposta de Lei n.º 88/IX, não contemplavam norma similar ao actual artigo 7.º/2.

da consagração expressa desta regra prende-se com o cumprimento das exigências impostas pelas Directivas 89/665/CEE, de 21 de Dezembro (Directiva *recursos para os sectores clássicos*), e 92/13/CEE, de 25 de Fevereiro (que complementa a primeira no âmbito dos sectores inicialmente excluídos, também denominados *sectores especiais*: água, energia, transportes e telecomunicações)².

Concretamente, a norma em apreço visa contemplar o direito à indemnização dos lesados em consequência de violação ocorrida nos *procedimentos de adjudicação dos contratos públicos abrangidos no escopo das Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE* (ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março³), cuja aplicação efectiva as Directivas *recursos* visam garantir. Ou seja, os contratos de empreitada e concessão de obras públicas, os contratos públicos de fornecimentos e os contratos públicos de serviços, bem como, os mesmos contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Note-se, contudo, que a jurisprudência do TJCE vai no sentido de sujeitar os procedimentos de adjudicação dos contratos excluídos, ou apenas parcialmente, do âmbito de aplicação das directivas comunitárias (*v. g.* contratos de valor inferior aos limiares), às “regras fundamentais do Tratado”, desde que tais contratos tenham uma relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado interno (deixando de fora, por exemplo, os contratos com interesse económico “muito reduzido”)⁴.

Na delimitação do universo de procedimentos de adjudicação visados pelo artigo 7.º/2, importa, ainda, ter presente o alargamento efectuado pelo artigo 16.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)⁵ e a esperada alteração ao artigo 100.º/1 do CPTA, que, segundo se sabe, será no sentido de estender o processo urgente, aí previsto, a todos os procedimentos de formação de contratos.

Entretanto, foi aprovada a Proposta de Lei n.º 195/X⁶ que visa alterar a redacção do artigo 7.º/2, substituindo a expressão final (“*nos termos da presente lei*”) por “*de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário*”.

A razão desta alteração prende-se, novamente, com a necessidade de “alinhar” o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, com as disposições comunitárias sobre os processos de

² V. nota 12 infra: por força da *Directiva 2004/17/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, os *sectores especiais* deixam de incluir as telecomunicações e passam a abranger os serviços postais.

³ Alteradas pela *Directiva 2005/51/CE*, da Comissão, de 7 de Setembro, e rectificadas pela *Directiva 2005/75/CE*, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro.

⁴ Cfr. “Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos”, *JO C 179*, de 01.08.2006, e jurisprudência aí mencionada.

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que transpôs as Directivas de 2004.

⁶ Publicada no *DAR*, II Série-A, de 02.05.2008.

recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos de obras e de fornecimentos.

Como se refere na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 195/X, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), em acórdão de 10.01.2008 (P. C-70/06), condenou a República Portuguesa pela não adopção das medidas necessárias a dar execução ao seu acórdão de 14.10.2004. Neste último aresto (P. C-275/03), o TJCE decidira o seguinte: “Ao não revogar o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, que subordina a indemnização das pessoas lesadas em consequência da violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem à prova da existência de culpa ou dolo, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665”.

O motivo, expressamente assumido na proposta de alteração em curso, é o receio de que a Comissão Europeia venha a entender que — apesar da revogação do Decreto-Lei n.º 48 051 e a introdução, pela Lei n.º 67/2007, de uma presunção legal de culpa associada à prática de actos jurídicos ilícitos — não se tenha afastado completamente a necessidade de demonstrar a culpa.

Se é certo que a nova redacção não deixará margem para dúvidas quanto à integral recepção do direito comunitário, não pode deixar de se notar que a simples remissão para os “requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário”, deixa ao intérprete-aplicador a tarefa, não apenas de concretização, mas, desde logo, de identificação dos pressupostos da obrigação de indemnizar previstos no direito comunitário. A que acresce a necessidade de os integrar sistematicamente com as disposições de direito interno, nomeadamente, as do regime da responsabilidade civil extracontratual da Administração, com os inevitáveis riscos para a segurança e previsibilidade das soluções.

A remissão para o “direito comunitário” é, além do mais, uma solução curiosa, se atentarmos na natureza da directiva, enquanto instrumento legislativo que visa, precisamente, uma harmonização dos vários ordenamentos jurídicos por etapas, reservando aos Estados-Membros o estabelecimento das medidas necessárias à sua transposição na ordem jurídica respectiva⁷.

Em suma, deve ter-se presente que a disciplina da contratação pública é, antes de tudo, direito administrativo *européu*⁸ e que os pedidos de indem-

⁷ THOMAS VON DANWITZ, “Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de justice”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 4, Octobre-Décembre 2007, p. 579, salienta a preferência na utilização da directiva sobre o regulamento, sempre que a harmonização exija uma modificação de disposições legislativas de um ou mais Estados-Membros.

⁸ Sobre a *européização* do direito administrativo v., entre outros, PAULO OTERO, “A Administração Pública nacional como Administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-Membros do Direito Comunitário”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, 2002, 817 e ss.; FAUSTO DE QUADROS, “A europeização do contencioso administrativo”, *Estudos em Homenagem ao Pro-*

nização, fundados no artigo 7.º/2 da Lei n.º 67/2007, opõem o *cidadão europeu às entidades adjudicantes* (na acepção do artigo 1.º/9 da Directiva 2004/18/CE e do artigo 2.º da Directiva 2004/17/CE). Mas também não pode esquecer-se que está em causa uma faixa da responsabilidade civil extracontratual da Administração, por facto ilícito, que, globalmente, deve obedecer a um “regime geral coerente”⁹.

2. DIRECTIVAS RECURSOS

A importância que a contratação pública assume no desenvolvimento do mercado interno e na concretização das liberdades comunitárias (artigos 43.º e 49.º do Tratado CE) traduz-se em números: representa cerca de 16% do PIB da União Europeia, o equivalente, em 2002, a € 1.500 mil milhões¹⁰.

O funcionamento do mercado único exige que os poderes públicos, em toda a União Europeia, adoptem procedimentos de escolha dos co-contratantes que garantam a concorrência e respeitem princípios de igualdade de tratamento, não-discriminação, transparência, reconhecimento mútuo, e proporcionalidade. O estímulo da concorrência, por um lado, interfere positivamente na economia e, por outro, possibilita às entidades adjudicantes uma melhor aplicação dos recursos públicos, através da selecção do co-contratante mais competitivo¹¹.

Com este objectivo sucederam-se, ao longo de décadas, um conjunto de Directivas que, por um lado, definiram o universo de contratos públicos por elas abrangidos e coordenaram as disposições relativas aos respectivos procedimentos pré-contratuais¹² e, por outro, harmonizaram os *recursos* (*remedies* ou *recours*) destinados a garantir a sua aplicação efectiva¹³.

fessor Doutor Marcello Caetano, no centenário do seu nascimento, vol. I , FDUL, 385 e ss.; e, em especial, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos, Um olhar português...*, Almedina, 2006.

⁹ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE salienta a necessidade de um “*regime geral coerente* das relações de responsabilidade entre os poderes públicos, os privados que realizam tarefas públicas e os particulares lesados” (“Panorama geral do direito da responsabilidade “civil” da Administração Pública em Portugal”, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos, III Colóquio Hispano-Luso de Derecho administrativo*, Valladolid, 16-18 octubre de 1997, Marcial Pons, 1999, 39 e ss. e 57).

¹⁰ Informação disponível em ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement.

¹¹ ADRIAN BROWN, “The extension of the Community public procurement rules to utilities”, *Common Market Law Review*, vol. 30, n. 4, August 1993, 745.

¹² Trata-se, actualmente, da *Directiva 2004/18/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, que, revogando as Directivas 92/50/CEE (prestação de serviços), 93/36/CEE (fornecimentos) e 93/37/CEE (obras públicas), regula os procedimentos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, de fornecimento e de prestação de serviços; e, da *Directiva 2004/17/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março (revogou a Directiva 93/38/CEE), que regula os processos de adjudicação daqueles contratos nos *sectores especiais* (de que foi excluído o sector das telecomunicações e passou a estar incluído o sector dos serviços postais). Ambas transpostas pelo Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

¹³ Para uma análise muito desenvolvida desta evolução, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos ...*, *cit.*, 21 e ss.

Neste último ponto, no que agora nos interessa, as Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE¹⁴ impuseram aos Estados-Membros a criação das medidas necessárias a garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes de contratos de direito público pudessem ser objecto de *recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível* (artigo 1.º/1).

Nos termos do artigo 2.º da Directiva 89/665/CEE e do artigo 2.º da Directiva 92/13/CEE, os *recursos* devem permitir: *i*) medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados outros danos (*maxime* através da suspensão do processo de adjudicação ou da execução de qualquer decisão da entidade adjudicante); *ii*) anulação das decisões ilegais (incluindo disposições que constem dos documentos do concurso); e *iii*) concessão de indemnizações às pessoas lesadas por uma violação.

A preocupação com a eficácia e utilidade dos processos de recurso existentes nos Estados-Membros é bem patente nas alterações operadas pela Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.12.2007 (cuja prazo de transposição termina em 20.12.2009), que tem por principal objectivo “garantir o respeito do direito comunitário, em especial numa fase em que as violações ainda podem ser corrigidas” (Considerando três). Neste sentido, destaca-se a previsão de um prazo suspensivo mínimo de 10 dias consecutivos (*stand still period*), durante o qual não pode ser celebrado o contrato em questão. Por um lado, permite-se aos proponentes interessados o tempo suficiente para analisarem a decisão de adjudicação e avaliarem da oportunidade de interpor recurso e, por outro, evita-se que a identificada prática da “corrida para a assinatura do contrato” torne irreversível as consequências da decisão de adjudicação contestada (o novo Código dos Contratos Públicos parece ter antecipado alguma desta lógica — cfr. artigos 104.º/1-a) e 272.º/2-c) do CCP).

De acordo com a jurisprudência do TJCE sobre protecção judicial, “os *recursos* disponíveis [nos Estados-Membros] não devem ser menos eficientes do que aqueles que se aplicam a queixas semelhantes baseadas no direito interno (princípio da equivalência) e não devem ser tais que, na prática, tornem impossível ou excessivamente difícil obter a protecção judicial (princípio da eficácia)”¹⁵.

¹⁴ A *Directiva 89/665/CEE* coordena as disposições relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos de direito público de obras e de fornecimentos; e a *Directiva 92/13/CEE* coordena os mesmos procedimentos de celebração de contratos públicos pelas entidades que operam nos *sectores especiais*. Foram alteradas pela *Directiva 2007/66/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, cujo prazo de transposição termina em 20.12.2009.

¹⁵ Cfr. “Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos”, *cit.*, e jurisprudência aí referida. Esta Comunicação foi objecto de recurso de anulação, por parte de alguns Estados-Membros, junto do Tribunal de Pequena Instância, que ainda se encontra pendente.

Na nossa ordem jurídica, a transposição das Directivas *recursos* levou à consagração de mecanismos contenciosos específicos: *i) providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos*, com um regime especial, nomeadamente quanto aos critérios de que depende a respectiva concessão (artigo 132.º do CPTA, que, contudo, não abrange apenas os procedimentos incluídos no escopo das Directivas *recursos*); *ii) processo urgente de contencioso pré-contratual* destinado à impugnação de actos administrativos relativos à formação dos contratos públicos de obras e de fornecimentos, bem como à impugnação de quaisquer documentos conformadores do respectivo procedimento (artigos 100.º a 103.º do CPTA)¹⁶.

A acção de indemnização, mesmo apresentando-se como um processo principal e autónomo, não deixa de traduzir uma garantia a jusante dos outros *recursos*, previstos nas directivas, especialmente quando estes se mostrem suficientemente céleres e eficazes para permitir uma correcção atempada das violações¹⁷.

3. “REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-CONTRATUAL DEFINIDOS PELO DIREITO COMUNITÁRIO”

A primeira tarefa, que o legislador deixa inteiramente nas mãos do intérprete, é a de apurar os “requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário”¹⁸.

As situações de responsabilidade civil aqui em causa apresentam evidentes elementos de conexão com o direito comunitário, pois emergem de actos que violam direito interno que o transpõe ou que infringem, directamente, regras ou princípios comunitários (nomeadamente, quando aquele não foi, ou foi mal, transposto).

É, por isso, pertinente convocar a jurisprudência do TJCE sobre responsabilidade civil extracontratual dos Estados-Membros por incumprimento do direito comunitário¹⁹.

¹⁶ A Directiva 89/665/CEE foi inicialmente transposta pelo Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, que, embora revogado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, vigorou até 1 de Janeiro de 2004 (data da entrada em vigor do CPTA), com as alterações decorrentes da Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro. Regime também aplicável aos sectores especiais, por força do artigo 48.º do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto, que, nesta matéria, transpõe a Directiva 92/13/CEE (alterado pelo Decreto-Lei n.º 234/2004, de 15 de Dezembro).

¹⁷ CARLA AMADO GOMES salienta a “lógica de *ultima ratio*” da indemnização no contencioso administrativo (*Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra Editora, 1999, 388).

¹⁸ Tarefa à qual não nos poderíamos eximir, mesmo perante a redacção inicial do preceito, sob pena de eventual incumprimento do direito comunitário aplicável.

¹⁹ No sentido de que o artigo 22.º da Constituição (e, conseqüentemente, o princípio da responsabilidade dos poderes públicos) deve, hoje, interpretar-se tendo em conta o “direito de responsabilidade da União Europeia” v. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, artigos 1.º a 107.º, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, 433.

Numa construção essencialmente jurisprudencial, marcada por alguns acórdãos fundamentais (*Francovich*, de 19.11.1991, P. C-6/90, *Brasserie du Pêcheur*, de 05.03.1996, P. C-46/93, entre outros) o Tribunal de Justiça vem decidindo que os particulares lesados têm direito a reparação desde que estejam reunidas três condições: que a regra de direito comunitário violada tenha por objecto conferir direitos; que a violação seja suficientemente caracterizada; e que exista um nexo de causalidade entre essa violação e o prejuízo sofrido pelos particulares.

Embora tenha emergido de situações em que a violação do direito comunitário era imputável ao Estado-legislador, esta jurisprudência vem-se afirmando como a raiz de um *ius commune* da responsabilidade patrimonial dos poderes públicos nacionais, independentemente da entidade estadual cuja acção ou omissão está na origem do incumprimento do direito comunitário (cfr. Acórdão *Köbler*, de 30.09.2003, *JOUE C 275*, de 15.11.2003)²⁰.

Os seus reflexos na questão que nos ocupa estão por apurar. Mas, no imediato, não se vislumbra que o conceito de “violação suficientemente caracterizada” possa assumir grande relevo. Pois, nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos estão em causa actos essencialmente vinculados, cuja ilegalidade decorre da simples violação das regras a que estão submetidos, independentemente de essa violação ser, ou não, “suficientemente caracterizada” (note-se que o conceito foi construído a propósito de facto ilícito imputável ao Estado-legislador, a quem se reconheceu uma ampla margem de escolhas normativas — *Brasserie du Pêcheur*, n.ºs 55 a 74).

A Directiva 89/665/CEE esclarece que a indemnização das pessoas lesadas visa, em última instância e conjuntamente com a existência de meios de recurso eficazes e rápidos, aumentar as garantias de transparência e de não-discriminação exigidas pela abertura dos contratos públicos à concorrência comunitária. E que essa exigência de harmonizar procedimentos apropriados de anulação das decisões ilegais e de indemnização às pessoas lesadas decorre da constatação de que inexistem meios de recurso eficazes em determinados Estados-Membros, desencorajando as empresas comunitárias a tentar a sua sorte nesses Estados (cfr. Considerandos terceiro, quarto e sexto).

É, contudo, a Directiva 92/13/CEE, que nos fornece algumas indicações mais precisas. O artigo 2.º/7 prescreve que o interessado na “indemnização por perdas e danos, relativos aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um con-

²⁰ V. MARTA MACHADO RIBEIRO “O regime da responsabilidade civil extracontratual dos Estados-membros pela violação do Direito Comunitário. Delineamento e aperfeiçoamento progressivo”, *Temas de Integração*, 5.º vol, n.º 9, 1.º semestre de 2000, Almedina, 67 e ss., 71 e 75; J. D. JANER TORRENS, “La influencia del derecho comunitario en la creación de un *ius commune* de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 11, Enero/Abril 2002, 177 e ss.; BERNARD-FRANK MACERA, “Luces y sombras de la jurisprudencia reciente del TJCE en materia de responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario”, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos*, III Colóquio Hispano-Luso de Derecho administrativo, cit., 201 e ss.

trato”, “apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação” (no mesmo sentido cfr. o Considerando onze).

As disposições citadas são mantidas na redacção que resulta da Directiva 2007/66/CE.

Do exposto, pode concluir-se que as Directivas *recursos* condicionam a obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes à verificação de três pressupostos: *i) actuação* (omissão) *ilícita e lesiva* de direitos ou interesses legalmente protegidos; *ii) existência* de um *dano real*; *iii) nexos de causalidade* entre aquela actuação e a ocorrência dos danos, sendo bastante, para esse efeito, a prova de que o lesado “teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato”.

Estes pressupostos — aos quais não podem adicionar-se outros, não previstos — devem ser rigorosamente escrutinados na solução dos casos concretos, mas de forma a não comprometer o fim último das directivas, i.e., a existência de *recursos eficazes e rápidos que permitam a indemnização das pessoas lesadas por violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das regras nacionais que transpõem esse direito*.

Finalmente, os pressupostos extraídos do direito comunitário necessitam de ser articulados com o regime de responsabilidade civil da Administração, por facto ilícito, regulado na Lei n.º 67/2007.

4. ACTO ILÍCITO

A “actuação ou omissão ilícita” (na expressão do artigo 7.º/1 da Lei n.º 67/2007) traduz-se na *violação do direito comunitário* em matéria de adjudicação de contratos públicos de obras e de fornecimentos *ou das normas nacionais que transpõem esse direito* (cfr. artigo 1.º/1, *in fine*, da Directiva 89/665/CEE).

As *normas nacionais* são as dos procedimentos de contratação pública que, actualmente, constam da Parte II do Código dos Contratos Públicos, bem como os “princípios gerais de direito administrativo adjudicatório”²¹ que, como não podia deixar de ser, coincidem parcialmente com os que norteiam toda a actividade administrativa (cfr. artigo 1.º/4 do CCP e Capítulo II, Parte I, do Código do Procedimento Administrativo).

O *direito comunitário* inclui os princípios fundamentais do Tratado CE e as disposições pertinentes das directivas. Os princípios do Tratado CE, que

²¹ Para uma análise muito completa dos “princípios gerais de direito administrativo adjudicatório” v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros procedimentos de Adjudicação Administrativa, Das Fontes às Garantias*, Almedina, 1998, 85 e ss.

visam assegurar o funcionamento do mercado único da contratação pública, em condições de concorrência e de livre circulação²², mostram-se igualmente aplicáveis aos contratos excluídos ou só parcialmente incluídos nas directivas²³.

Hoje, salienta-se a influência recíproca (*cross-fertilisation*²⁴) entre os princípios administrativos comuns aos vários ordenamentos jurídicos, a sua ascendência na construção dos princípios gerais comunitários e a influência destes, por seu turno, nos ordenamentos jurídicos internos.

A validade do acto (ou omissão) tem que ser examinada no âmbito do concreto procedimento de formação do contrato em que se insere e cujas regras específicas deve, em primeira linha, respeitar. A actividade administrativa de escolha do adjudicatário é uma actividade essencialmente procedimental: uma sucessão encadeada de actos com autonomia estrutural e maior ou menor complexidade (pode contemplar diversas fases ou subprocedimentos), que principia com a decisão de contratar e termina com a decisão de escolha do adjudicatário²⁵. Os vários procedimentos estão tipificados e taxativamente regulados nas directivas comunitárias e na legislação que as transpõe (serão os enumerados no artigo 16.º/1 do Código dos Contratos Públicos, a partir da sua entrada em vigor, no final de Julho do corrente ano). É certo, porém, que o acto ilícito pode ocorrer numa etapa posterior ao procedimento assim delimitado, concretamente, na fase depois da adjudicação e antes da celebração do contrato.

A “violação de norma” pode consistir, precisamente, na não adopção de qualquer procedimento ou na adopção de um tipo de procedimento não permitido para aquele caso.

Por último, o “bloco legal” da contratação pública inclui os documentos conformadores de um concreto procedimento de adjudicação. Aqui, tanto pode estar em causa a ilegalidade do acto regulamentar que os emitiu, por contrariedade com as regras e princípios aplicáveis, como a do acto praticado no decurso do procedimento, em infracção das regras estabelecidas no programa do concurso, no caderno de encargos ou em qualquer outro documento conformador do procedimento.

Mas não basta caracterizar a actuação como violadora de normas ou princípios jurídicos. Exige-se também a *ilicitude* desse facto, ou seja, que dessa actuação anti-jurídica resulte a *ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos*²⁶ — cfr. artigo 9.º/1, *in fine*, da Lei n.º 67/2007.

²² V. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007, 180 e ss.

²³ V. nota 15 *supra*.

²⁴ LUISA TORCHIA, “Developments in Italian Administrative Law through cross-fertilisation”, *New Directions in European Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 138-139; J. D. JANER TORRENS, “La influencia del derecho comunitario en la creación de un *ius commune*...”, *cit.*, 180-181.

²⁵ PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo, Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Almedina, 2003, 90.

²⁶ V. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Almedina, 2006, 58-59.

Na generalidade dos casos, a violação das normas ou princípios que regem o procedimento de escolha do adjudicatário redundará numa ofensa de direitos ou interesses legítimos de um ou mais candidatos.

O legislador, em cumprimento das indicações da Constituição no mesmo sentido (cfr. artigos 266.º/1 e 268.º/4 e 5), adoptou um conceito de ilicitude que abrange, de igual modo, direitos subjectivos e interesses legítimos²⁷.

Assim, mesmo quando o comportamento anti-jurídico traduza a violação de regras formais, ou de natureza procedimental, tal não significa que esteja afastada a consequente ofensa das posições subjectivas dos candidatos. Pelo contrário, a procedimentalização da actividade de escolha do contratante (principalmente nos casos em que obedece a um *iter* mais demorado e complexo, como no concurso público) tem precisamente uma finalidade de garantia dos princípios que regem o procedimento adjudicatório e, mesmo que reflexamente, das posições jurídicas individuais dos interessados na adjudicação.

Estes princípios gerais são, aliás, “o primeiro crivo valorativo à luz do qual o intérprete deverá qualificar certa formalidade (ou certa regra) como essencial ou não”²⁸.

Haverá, no entanto, casos em que, não obstante a violação de uma norma, pode estar afastada a *ilicitude* do comportamento: designadamente aqueles em que se constate a inobservância de formalidades não essenciais ou a verificação de uma ilegalidade sanável²⁹. Tais situações, ou não serão, à partida, aptas a lesar direitos ou interesses legítimos dos candidatos (portanto, carecem de *ilicitude*) ou não serão causa adequada de danos. No caso de uma ilegalidade sanável, a repetição do acto, com a consequente reposição da legalidade, pode traduzir uma violação transitória de direitos ou interesses, cuja correcção, com efeitos *ex tunc*, diminui ou mesmo elimina a possibilidade de gerar danos indemnizáveis.

5. INEXIGIBILIDADE DO JUÍZO DE CULPA

No ordenamento jurídico nacional, a *culpa* é o lado *individual, subjectivo* do facto ilícito, ou seja, o juízo de censura através do qual se imputa o facto ao lesante (artigo 483.º/1 do Código Civil)³⁰.

²⁷ Sobre esta questão v. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Regime geral da responsabilidade civil da Administração Pública”, *CJA*, 40, Julho/Agosto 2003, 18 e ss. e 27.

²⁸ Uma análise detalhada desta distinção em BERNARDO DINIZ DE AYALA, “A distinção entre formalidade essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa”, *CJA*, 56, Março/Abril 2006, 18 e ss., aqui 27 e ss.

²⁹ Neste sentido v. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Dicionário...*, *cit.*, 59, em comentário ao artigo 9.º/1 da Proposta de Lei n.º 56/X.

³⁰ Na doutrina civilística v., entre outros, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Almedina, 10.ª ed., 2000, 562; e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994, 188 e ss.

Em sede de responsabilidade civil da Administração por facto ilícito, no seguimento da orientação que já tinha sido fixada pela jurisprudência, consagrou-se uma presunção de culpa, associada à prática de actos jurídicos ilícitos (e também ao incumprimento de deveres de vigilância) — artigo 10.º/2 e 3 da Lei n.º 67/2007.

Como se referiu, na origem da proposta de alteração do artigo 7.º/2, já aprovada, está a necessidade de afastar a aplicabilidade desta presunção legal de culpa às situações do artigo 7.º/2. É o que resulta, expressamente, das razões enunciadas na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 195/X e do teor dos acórdãos do TJCE, proferidos nos dois citados processos que opuseram a Comissão à República Portuguesa.

As Directivas *recursos*, ao condicionarem o direito à indemnização *apenas* à verificação dos três pressupostos atrás mencionados, não admitem que a concessão da indemnização esteja submetida à demonstração da existência de culpa (dolo ou negligência) na prática do acto ilícito. É certo que, por força da presunção legal de culpa, estabelecida no artigo 10.º/2 da Lei n.º 67/2007, o lesado não carece de demonstrar a culpa do autor do acto (o mesmo se passava, antes desta lei, atenta a presunção de culpa que vigorava, por construção jurisprudencial).

Mas o direito comunitário parece exigir mais, ou seja, que a apreciação dos pressupostos da responsabilidade civil das entidades adjudicantes se faça à margem de qualquer indagação da eventual existência de culpa, mesmo que por presunção legal. Além disso, não seria compatível com as normas comunitárias que a entidade adjudicante se pudesse eximir à obrigação de indemnizar, através do afastamento da presunção legal de culpa, pela demonstração de uma causa *desculpabilizante*. Pois a responsabilidade aqui em causa, não sendo objectiva, é uma responsabilidade *mesmo sem culpa*³¹, ou seja, mesmo que, embora agindo ilegalmente, o autor do acto tenha adoptado uma conduta que, “em função das circunstâncias concretas, era exigível e esperada de um funcionário zeloso e cumpridor”³².

Para obrigar à reparação do dano, o direito comunitário basta-se com a constatação (objectiva) de um comportamento anti-jurídico, ofensivo de direitos ou interesses legalmente protegidos e causal de danos.

O TJCE já constatou a inexistência de um conceito uniforme de culpa nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, tendo avançado com uma concepção própria, ao nível do direito comunitário. Assim, em situações de responsabilidade do Estado-Membro pelo exercício da função legislativa (que implica um amplo poder de efectuar escolhas normativas), afirma-se que a con-

³¹ A expressão é de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, que — a propósito da obrigação de indemnizar (independente da averiguação de culpa) emergente da inexecução de sentenças de anulação de actos administrativos — distingue a responsabilidade *sem culpa* (objectiva) da responsabilidade *mesmo sem culpa* (por acto ilícito, mesmo que não culposo) — *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Almedina, 2002, 805.

³² *Idem*, 828.

dição extraída do conceito de culpa não pode ir além da constatação de uma *violação suficientemente caracterizada* do direito comunitário (Acórdão *Bras-serie du Pêcheur*, n.ºs 75 a 80).

Mais directamente, ainda, o TJCE disse que *não se pode subordinar a reparação do prejuízo à existência de dolo ou negligência por parte do órgão estadual a quem o incumprimento [do direito comunitário] seja imputável* (Acórdão *Dillenkofer*, de 08.10.1996, P. C-178/94 e apensos, n.º 28).

Se no âmbito de aplicação do artigo 7.º/2 da Lei n.º 67/2007 não releva a culpa individual, também não se mostra pertinente o recurso ao elemento subjectivo da “culpa do serviço” (artigo 7.º/3), na medida em que não pode condicionar-se a obrigação de indemnizar ao apuramento de uma culpa anónima ou colectiva, à qual se atribua o “funcionamento anormal” do procedimento adjudicatório.

Não cabendo aqui alongar considerações à margem do tema, não pode deixar de se notar que, no direito nacional, passamos a ter um quadro de responsabilidade civil dos entes públicos, por facto ilícito praticado no exercício da função administrativa, com pressupostos não exactamente coincidentes: haverá que distinguir consoante o facto tenha ocorrido no âmbito de um procedimento de adjudicação, abrangido pelo artigo 7.º/2 (leia-se, pelo artigo 100.º do CPTA), ou quando tenha sido praticado no exercício de outra actividade administrativa, procedimental ou não.

No primeiro caso, a ilicitude do acto funciona como “critério jurídico de imputação”³³ do dano à esfera jurídica da entidade adjudicante; nos demais casos, o fundamento da responsabilidade da Administração, por facto ilícito, depende também de um juízo de culpa, ainda que legalmente presumido.

Admite-se, contudo, que, em termos práticos, a diferença não venha a ser significativa (a jurisprudência, emitida à luz do revogado Decreto-Lei n.º 48 051, mostra a dificuldade em afastar aquela presunção de culpa).

6. NEXO DE CAUSALIDADE

Identificado o acto (ou omissão) ilícito e ofensivo de direitos ou interesses legítimos dos interessados no procedimento de adjudicação, haverá que estabelecer se o mesmo é *causa* dos danos invocados. O que implica um “juízo de prognose póstuma” através do qual se procura determinar qual a probabilidade de os danos invocados não terem ocorrido, caso não tivesse sido praticado o acto ilícito.

³³ Na expressão de GARCIA DE ENTERRÍA e LEGUINA VILLA, citados por LUIS MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo, Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson Civitas, 2005, 219.

Pode dizer-se que apurar o nexo de causalidade é o mesmo que afirmar a “certeza” do dano³⁴. Mas, quando esteja em causa um *pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato*, aquela “certeza” não pode ter um significado mais exigente do que aquele que consta do artigo 2.º/7 da Directiva 92/13/CEE: o direito à indemnização fica subordinado à prova da *possibilidade real* de ser atribuído o contrato ao lesado, o que, à primeira vista, é algo susceptível de ser demonstrado por qualquer candidato que cumpra os requisitos legalmente estabelecidos e apresente uma proposta “razoável”³⁵.

Sem prejuízo de a norma se incluir na Directiva *recursos* para os *sectores especiais*, ela não pode deixar de se considerar aplicável também no âmbito dos procedimentos de contratação pública por entidades adjudicantes não incluídas nesses sectores, ou seja, no âmbito de aplicação da Directiva 89/665/CEE. É a solução que se impõe pela interpretação sistemática do direito comunitário que, em momento algum, permite uma distinção entre os *recursos* (no sentido de *remedies*) disponibilizados aos interessados, em função dos sectores de actividade em que se incluem as entidades adjudicantes. E é também a interpretação que decorre da jurisprudência comunitária.

Pode ilustrar uma possibilidade *real*, o seguinte caso, decidido nos tribunais italianos: na sequência de anulação judicial do acto de adjudicação de um contrato de serviços de limpeza, por se ter considerado que fora aplicado ilegalmente o critério de adjudicação, e tendo-se mostrado impossível repetir o concurso, o tribunal entendeu, para efeitos de indemnização da recorrente, que esta tinha uma *possibilità di suceso presumibilmente non priva di consistenza* de lhe ser adjudicado o contrato, caso o concurso tivesse sido repetido, atendendo, designadamente, a que era a anterior prestadora do serviço posto a concurso e que tinha sido colocada em segundo lugar no concurso anulado³⁶.

No pólo oposto, considerou-se como possibilidade meramente *hipotética* (não real), a seguinte situação, decidida pelo Tribunal de Primeira Instância: num procedimento de adjudicação de um contrato pelo Conselho da União Europeia (regido por normas inspiradas nas Directivas *recursos*), julgou-se improcedente um dos pedidos de indemnização formulados pela recorrente, com fundamento em que o prejuízo alegado não era “real e certo, mas hipotético”, por a recorrente não ter demonstrado, nem nenhum indício o revelar, que

³⁴ MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, BFDUC, *Studia Iuridica* 52, Coimbra Editora, 2000, 127 e ss.

³⁵ Neste sentido v. J. M. GIMENO FELIU, *El control de la contratacion publica (las normas comunitarias y su adaptacion en España*, Editorial Civitas, 1995, 86.

³⁶ Sentença citada em LUIS MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., 209.

“devido à ilegalidade declarada tenha perdido sequer a oportunidade de obter a adjudicação do contrato”, tendo-se antes provado que, caso não tivesse sido ilegalmente excluída, a sua proposta teria ficado graduada em oitavo e último lugar (Acórdão *Belfass*, de 21.05.2008, P. T-495/04).

Num caso em que se pretendia uma indemnização pelo lucro que se teria obtido com o cumprimento de um contrato de empreitada, ilegalmente adjudicado a terceiro, o Supremo Tribunal Administrativo julgou o pedido de indemnização improcedente por falta de demonstração do nexo de causalidade, na medida em que o interessado não logrou provar que o adjudicante “estava obrigado a celebrar o contrato consigo” (Ac. STA de 29.09.2004, P. 01936/03).

Noutro caso, em que se constatou a existência de causa legítima de inexecução, o Supremo Tribunal Administrativo concluiu que o acto anulado não era causa adequada dos danos invocados (lucros cessantes correspondentes a 10% do valor da proposta e custos com a preparação da mesma), na medida em que dos fundamentos anulatórios “não resultava que o acto de adjudicação era inválido por não ter sido praticado em favor da exequente” e que se outro acto de adjudicação fosse possível, tanto poderia ser em favor da exequente como de qualquer outro concorrente (Ac. STA de 03.03.2005, P. 041794A).

Num terceiro caso, o Supremo olhou, também, aos fundamentos da anulação contenciosa, para determinar o nexo de causalidade, concluindo que o autor do pedido indemnizatório não demonstrara que a adjudicação lhe seria atribuída “com toda a probabilidade”, caso o acto fosse repetido sem a parte viciada (sem ter em conta subcritérios ilegalmente introduzidos na avaliação das propostas — Ac. STA de 04.04.2006, P. 077B/02).

Numa situação em que estava em causa um acto ilegal de abertura de um concurso (posteriormente declarado nulo por outro acto da Administração), o Supremo entendeu que aquele facto ilícito era causa dos custos incorridos com a apresentação da proposta e participação no concurso, mas já não dos lucros cessantes invocados, que considerou não poderem ser consequência do mesmo (no caso, o procedimento não ultrapassara a fase de elaboração do relatório final do júri — Ac. STA de 29.09.2005, P. 0179/05).

A *possibilidade real* será menos do que a demonstração de que o lesado seria o efectivo seleccionado no final do procedimento adjudicatório, mas é mais do que a possibilidade meramente hipotética de ganhar (não pode considerar-se que o candidato tinha uma possibilidade real de lhe ser adjudicado um contrato se, por exemplo, ficar demonstrado que a sua proposta não cumpria o caderno de encargos).

A possibilidade, para ser *real*, deve revelar um grau de probabilidade, que só pode ser aferido em concreto, pois o juízo de prognose que é possível formular *a posteriori* dependerá do teor do acto em causa, do momento do procedimento em que foi praticado, dos fundamentos da sua invalidade e do tipo de danos invocados.

7. DANO

O dano é a “expressão da diferença entre a situação actual hipotética e a situação actual efectiva ou real do lesado”³⁷. O apuramento desta “medida da diferença” não é independente do resultado da reconstituição *post factum* do *iter* causal nem do tipo de ilícito praticado.

A medida do dano tem sido entendida de forma restritiva no âmbito da responsabilidade civil pré-contratual: atribuía-se indemnização pelo chamado interesse contratual *negativo* (ou dano de confiança) mas só excepcionalmente, nos casos em que a conduta culposa da parte consistia na violação do “dever de conclusão” do negócio, se admitia indemnizar os prejuízos decorrentes do interesse contratual *positivo* (ou dano de cumprimento)³⁸.

Em termos simplistas, o *interesse contratual negativo* corresponde aos danos que o lesado não teria sofrido se não fosse a expectativa do contrato; e o *interesse contratual positivo* traduz o benefício que a conclusão do negócio traria à parte prejudicada (vantagem económica que se obteria com a execução do contrato).

Na jurisprudência administrativa, numa situação em que estava em causa a ilegalidade do acto de abertura do procedimento adjudicatório, o *dano de confiança* foi entendido como abrangendo todas as despesas com a participação no procedimento (cfr. *Acórdão STA de 29.09.2005*, já citado); noutro caso, em que à adjudicação não se seguiu a celebração do contrato, por ter sido recusado o visto do Tribunal de Contas, entendeu-se que o lesado tinha direito a ser indemnizado apenas pelo dano negativo correspondente ao reembolso das despesas relacionadas com a adjudicação e com os actos posteriores (entre os quais, a prestação de caução), mas já não daquelas despesas que eram comuns a todos os outros concorrentes preteridos (cfr. *Ac. STA de 07.03.2006*, P. 0965/03).

Actualmente, o Código dos Contratos Públicos refere expressamente a indemnização pelos custos com a preparação da proposta ou com a participação no procedimento de celebração do contrato (dano negativo), nos casos de caducidade da decisão de escolha do ajuste directo, de adjudicação depois do termo do prazo de manutenção das propostas ou de não outorga do contrato (respectivamente, artigos 27.º/6, 76.º/1 e 3 e 105.º/3, incluindo, neste último caso, as despesas com a prestação da caução).

No seguimento do entendimento dominante na doutrina civilística, o Supremo Tribunal Administrativo tem vindo a negar a ressarcibilidade do interesse contratual positivo. Assim, no *Ac. STA de 29.09.2005*, já citado, num caso de ilegalidade do acto de abertura do procedimento concursal, considerou-se não

³⁷ MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade Civil da Administração...*, cit., 129.

³⁸ PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 1987, 216.

haver lugar a indemnização pelos prejuízos correspondentes à vantagem económica que previsivelmente se obteria com a concessão do contrato pretendido, entendendo-se que o “direito ao lucro pretendido só surge com o contrato”. E no *Ac. STA de 31.10.2006* (P. 0875/05) — em que estava em causa a recusa de visto a um contrato de empreitada, motivada por facto pré-contratual imputável à entidade adjudicante — invocou-se a jurisprudência maioritária do Supremo para considerar que, na responsabilidade pré-contratual, o lesado tem direito a ser indemnizado apenas pelos danos negativos, isto é, pelos danos que não teria se não tivesse celebrado o contrato, não se incluindo na medida do dano ressarcível o lucro esperado com o cumprimento do contrato.

A doutrina e a jurisprudência civilísticas têm evoluído no sentido de considerar que o problema da medida do dano, na responsabilidade pré-contratual, deve ser resolvido recorrendo às regras gerais da responsabilidade civil (artigo 562.º do Código Civil)³⁹.

Este entendimento tem acolhimento no artigo 3.º/3 da Lei n.º 67/2007 e nas Directivas *recursos*, que não excluem a ressarcibilidade de qualquer tipo de danos (artigo 2.º/1-d) e 7 da Directiva 92/13/CEE e artigo 2.º/1-c) da Directiva 89/665/CEE).

No citado Acórdão *Brasserie du Pêcheur*, o Tribunal de Justiça sublinhou que “a reparação dos prejuízos causados aos particulares em virtude de violações do direito comunitário deve ser adequada ao prejuízo sofrido, por forma a garantir uma protecção efectiva dos seus direitos” e que “a exclusão total, a título do prejuízo reparável, do lucro cessante não pode ser aceite em caso de violação do direito comunitário” (n.ºs 82 e 87).

Deve concluir-se que a indemnização pode abranger quer os danos emergentes, quer os lucros cessantes, independentemente de estes corresponderem a um interesse contratual negativo ou positivo. Ponto é que possa estabelecer-se um nexo de causalidade adequada entre o acto ilícito e os danos invocados.

A fixação do nexo de causalidade, bem como do *quantum* indemnizatório, apresenta-se especialmente complexa quando estejam em causa danos relacionados com a denominada *perda de oportunidade* ou *perda de chance* (em obter uma vantagem).

Discute-se, a respeito, a ressarcibilidade dos prejuízos decorrentes da perda de um outro negócio, que o lesado tenha descartado por ter confiado na expectativa da adjudicação que depois veio a ser ilegalmente gorada. Nestes casos, é muito difícil demonstrar o nexo causal, pois, à partida, o acto ilícito, que frustrou as expectativas do lesado num determinado procedimento, não interfere com a liberdade que lhe assistia de declinar aquele procedimento em função de outra oportunidade mais proveitosa⁴⁰.

³⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, T. I, 2.ª ed.*, Almedina, 2000, 407; JORGE SINDE MONTEIRO, “Culpa *in contrahendo*”, *CJA*, 42, Novembro/Dezembro 2003, 5 e ss. e 9.

⁴⁰ V. LUIS MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo...*, *cit.*, 390 e ss.

Igualmente duvidosa é a concessão de uma indemnização pela “mera perda de *chances* de vencimento”, quando não corresponda a uma possibilidade real de vencimento ou quando o autor do procedimento não estava vinculado a concluí-lo e a celebrar contrato com o vencedor⁴¹.

Mesmo quando a perda de oportunidade se mostre indemnizável, é difícil avaliar, no caso concreto, qual o valor da oportunidade em questão.

Na Bélgica, a lei estabelece, no âmbito da *procédure d’adjudication*, uma indemnização até 10% do valor da proposta e esta referência tem sido aplicada analogicamente, pelos tribunais, noutro tipo de procedimentos e, nomeadamente, em casos em que importava quantificar a *chance perdue*. A fracção (quando não a totalidade) da percentagem de 10% a atribuir ao lesado deverá corresponder à *chance réelle, objective et sérieuse* que o lesado tinha de lhe ser adjudicado o contrato. Haverá, contudo, que ter presente, que o sistema belga é bastante diferente do nosso, desde logo porque a competência para a anulação dos actos pertence ao *Conseil d’État* belga, enquanto que o julgamento dos pedidos indemnizatórios está atribuído ao *juge civil*⁴².

Entre nós, a quantificação da perda de oportunidade foi expressamente abordada num caso de afastamento ilegal de um funcionário: o Supremo Tribunal Administrativo considerou ser indemnizável a “perda definitiva da possibilidade de ter progredido na carreira”, como dano decorrente daquele afastamento, e entendeu que a indemnização não devia ser fixada com base nas diferenças salariais entre a categoria efectivamente ocupada pelo funcionário e aquela que lhe corresponderia caso lhe tivesse sido dada a possibilidade de progredir, mas sim pela “fixação, na falta de outros elementos, de uma importância que se afigure justa e razoável para compensar essa perda de *chance*, ou seja, com recurso à equidade”, nos termos do artigo 566.º/3 do Código Civil (cfr. *Ac. STA de 24.10.2006*, P. 0289/06).

O problema da identificação e quantificação do dano exigia uma análise bem mais detalhada, do que aqui não se mostrou possível. As tensões neste ponto são evidentes: de um lado, a ressarcibilidade de todo o tipo de danos, em conformidade com as regras gerais, não pode implicar que se transfira, para as entidades adjudicantes, os danos que se incluem na margem de risco que, por natureza, deve ser suportada na esfera jurídica dos próprios candidatos; do outro, as dificuldades, na identificação dos danos indemnizáveis e na sua quantificação, não devem obstar ao efectivo e integral ressarcimento dos prejuízos realmente sofridos pelo lesado em consequência do acto ilegal.

⁴¹ Neste sentido v. PAULO MOTA PINTO, *Responsabilidade pré-contratual*, prelecção no Curso de Pós-graduação em Contratação Pública, CEDIPRE, FDUC, 2008 (não publicado). O autor adverte para o facto de a indemnização por “mera perda de *chance*” transformar o autor do concurso em garante da probabilidade de sucesso de cada participante, quando essa probabilidade, por natureza, não oferecia nada de garantido.

⁴² PHILIPPE FLAMME/MAURICE-ANDRÉ FLAMME/CLAUDE DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges, L’irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2005, 295 e ss.

8. CULPA DO LESADO

Na averiguação do nexo de causalidade, bem como na fixação da indemnização, importa ter presente a eventual *culpa do lesado*, na produção ou agravamento dos danos invocados, especialmente, por “não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo” (artigo 4.º da Lei n.º 67/2007).

O ordenamento jurídico português não exige a anulação prévia dos actos como condição para o pedido de indemnização (exigência que, nos casos em apreço, é permitida pelo artigo 2.º/5 da Directiva 89/665/CEE e pelo artigo 2.º/1-d), 2.º parágrafo, da Directiva 92/13/CEE). A autonomia da acção indemnizatória está em conformidade com o “dever de a Administração reparar danos resultantes dos seus actos administrativos ilegais como um efeito jurídico distinto daquele que pode ser obtido pela via do processo impugnatório” e que decorre, nomeadamente, do disposto no artigo 22.º da Constituição⁴³.

É o que hoje se consagra, no plano processual, no artigo 38.º do CPTA, após ampla discussão, no plano substantivo, em torno da interpretação do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48.051 (a que sucedeu o artigo 4.º da Lei n.º 67/2007)⁴⁴, tendo-se fixado jurisprudência no sentido de que a ressalva constante da segunda parte daquele artigo 7.º apenas configurava um caso de “redução ou exclusão da indemnização”, em conformidade com o previsto no artigo 570.º/1 do Código Civil (v., entre outros, *Ac. STA de 30.04.1998*, P. 041728)

Nos termos deste artigo 4.º da Lei n.º 67/2007, a *culpa do lesado*, “designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo”, leva a que o tribunal determine “com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”.

A aplicação do princípio da culpa do lesado aos casos em análise carece de adaptações, pois nestes não há lugar a um apuramento das “culpas de ambas as partes”, mas tão-só, no que à entidade adjudicante diz respeito, à averiguação da ilegalidade e da ilicitude do acto respectivo.

Como a parte final do preceito parece indiciar, a conduta processual do lesado tanto pode contribuir para uma redução do *quantum* indemnizatório, por

⁴³ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª ed., Almedina, 2007, 230.

⁴⁴ Cfr., entre outros, o *Ac. STA de 27.02.1996*. Na doutrina, v. SÉRVULO CORREIA, “A efectivação processual da responsabilidade civil extra-contratual da Administração por actos de gestão pública”, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos, III Colóquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*, 284 e ss.; FERNANDES CADILHA, “Regime geral da responsabilidade civil...”, *cit.*, 24 e ss.; MARGARIDA CORTEZ, “A autonomia das acções para a efectivação da responsabilidade civil da Administração por danos resultantes de actos administrativos ilegais”, *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, 1998, vol. I, 211 e ss.

essa mesma conduta ter contribuído para um agravamento (qualitativo ou quantitativo) dos danos produzidos, como pode determinar a exclusão da própria indemnização. Neste segundo caso, poderá chegar-se à conclusão que esse comportamento foi de tal forma determinante dos danos invocados que interrompeu o nexo causal que, à partida, existira entre aqueles danos e o acto ilícito⁴⁵.

A urgência que envolve o contencioso pré-contratual pode interferir na apreciação da conduta do lesado em sentidos opostos: o curto espaço de tempo para pedir a anulação do acto (um mês em vez dos três meses previstos em geral — artigos 101.º e 58.º/2-b) do CPTA), tanto revela a necessidade de uma actuação rápida e diligente do lesado, como pode traduzir uma “desculpa” (justificada ou não) para a falta ou intempestividade da impugnação.

A natureza urgente do processo de contencioso pré-contratual (artigos 101.º e 102.º), bem como a possibilidade de lhe associar pedidos cautelares, especificamente destinados a corrigir a ilegalidade ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em presença (artigo 132.º), destina-se a procurar uma solução do litígio em tempo útil, preferencialmente antes de concluído o procedimento adjudicatório e, no limite, antes de executado o contrato. O que significa que, em geral, a utilização destes recursos é a forma adequada de repor a legalidade e simultaneamente reintegrar a esfera jurídica do lesado.

Sem prejuízo, haverá casos em que, ainda que se tivesse logrado eliminar os efeitos ilegais do acto, subsistiriam danos só reparáveis por via da indemnização⁴⁶. O que o interessado não pode é obter, por via da acção de indemnização (na qual a ilegalidade do acto inimpugnável é apreciada a título incidental), aquilo que só lhe seria concedido como efeito da anulação do acto lesivo (cfr. artigo 38.º/2 do CPTA).

Admitir a relevância da culpa do lesado não significa negar autonomia à acção de indemnização. A dificuldade consiste em distinguir, em certas situações, o que são prejuízos reparáveis por via indemnizatória, e o que são danos estritamente decorrentes da não reconstituição da situação que existiria se o acto ilegal não tivesse sido praticado, que pressupõem a prévia anulação do acto.

9. ACÇÃO DE INDEMNIZAÇÃO

A competência para julgar as pretensões indemnizatórias formuladas com base no artigo 7.º/2 da Lei n.º 67/2007 é, naturalmente, dos tribunais administrativos (artigo 4.º/1-g), h) e i) do ETAF e artigo 1.º/5 da Lei n.º 67/2007).

⁴⁵ Quanto à relação entre o comportamento do lesado, o nexo causal e o *quantum* indemnizatório v. FERNANDES CADILHA, *Dicionário...*, cit., 64; e MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração por actos administrativos ilegais...*, cit., 249.

⁴⁶ V. SÉRVULO CORREIA, *A efectivação processual da responsabilidade civil...*, cit., 294 e ss.

O pedido de indemnização pode ser formulado em acção autónoma, que segue a forma da acção administrativa comum (artigo 37.º/2-f) do CPTA), ou pode diluir-se no pedido de indemnização por causa legítima de inexecução, no âmbito do processo de execução (artigos 176.º/7 e 166.º)⁴⁷.

É questionável se o pedido de indemnização pode ser deduzido no processo de contencioso pré-contratual, em cumulação com a impugnação do acto lesivo (ou da norma).

Em sentido positivo, depõe o princípio da livre cumulabilidade de pedidos, mesmo quando lhes correspondam formas de processo diversas (artigo 5.º/1 do CPTA), amplamente exemplificado pelo legislador, no âmbito da acção administrativa especial (para cuja tramitação remete o contencioso pré-contratual), com expressa referência à possibilidade de cumulação do pedido impugnatório com o pedido de condenação da Administração à reparação dos danos resultantes da actuação ou omissão administrativa ilegal (artigo 47.º/1 do CPTA).

Em sentido contrário, surge a dificuldade de efectuar tal cumulação numa acção de carácter urgente e tramitação simplificada, como é o contencioso pré-contratual (cfr. artigos 101.º e 102.º). Pode dizer-se que esse obstáculo se ultrapassa através da “adaptação” da sua tramitação, no todo ou em parte, de modo a aproximá-la do modelo da acção administrativa especial não urgente⁴⁸.

É evidente que o pedido de impugnação do acto (em sentido estrito, como pedido anulatório) não é a única pretensão dedutível no âmbito do contencioso pré-contratual. Este é também o processo adequado para pedir a condenação à prática do acto devido (cumulável com o primeiro), assim como pode incluir a própria impugnação do contrato (artigo 102.º/4 do CPTA).

Contudo, a admissibilidade de cumular, no contencioso pré-contratual, o pedido de impugnação com o pedido de indemnização, não pode implicar “adaptações” de tal ordem que levem à desaceleração do processo no que respeita à decisão do pedido principal.

Essa solução seria contrária à razão de ser da *urgência* imposta pelo direito comunitário: garantir a possibilidade de correcção atempada (leia-se antes da adjudicação) das ilegalidades nos procedimentos de formação dos contratos públicos, com vista à tutela efectiva dos interesses dos candidatos⁴⁹ e, reflexamente, dos interesses que presidem ao funcionamento do mercado interno.

Mesmo o mecanismo previsto no artigo 90.º/3 do CPTA (aqui aplicável por remissão do artigo 102.º/1) não parece solucionar completamente o pro-

⁴⁷ Sobre os diversos tipos de indemnização a que a execução de sentença pode dar lugar v. FERNANDES CADILHA, *Dicionário...*, cit., 168 e ss.

⁴⁸ Neste sentido v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos...*, cit., 55; e MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos...*, cit., 400-401.

⁴⁹ V. PEDRO GONÇALVES, “Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente”, *CJA*, 62, Março/Abril 2007, 3 e ss. e 5.

blema, pois o diferimento da instrução do pedido de indemnização não obsta a que, uma vez verificado que o pedido de impugnação deve proceder, o processo se prolongue com vista ao apuramento dos pressupostos da responsabilidade civil.

Em resumo, ainda que se admita ser possível tal cumulação — o que sempre terá como limite a urgência imposta pelas regras comunitárias — não se vislumbra facilidade ou utilidade prática na sua utilização (que, aliás, só poderá interessar quando se possa, logo nessa fase, identificar os danos).

Há, no entanto, uma situação em que o pedido de indemnização é formulado no âmbito da acção de contencioso pré-contratual: nos casos previstos no artigo 102.º/5 do CPTA (com a tramitação do artigo 45.º, para o qual remete), opera-se uma modificação objectiva da instância, quando verificada a “impossibilidade absoluta de satisfação dos interesses do autor” (nomeadamente, por o contrato em causa estar já integralmente cumprido). O pedido impugnatório é convolado em pedido indemnizatório, podendo, na falta de acordo e a requerimento do interessado, fixar-se judicialmente a indemnização⁵⁰. Trata-se de antecipar, em sede declarativa, a indemnização por causa legítima de inexecução que, no contencioso anterior, era obrigatoriamente remetida para a fase de execução.

O funcionamento do instituto do *direito de regresso* irá apresentar algumas particularidades nas situações do artigo 7.º/2 da Lei n.º 67/2007. Pois, como vimos, a apreciação do pedido de indemnização nunca passa pelo apuramento (ainda que presumido) da culpa da entidade adjudicante. A definição do grau de culpa apenas poderá efectuar-se no âmbito das relações entre as pessoas colectivas públicas e os titulares dos seus órgãos, funcionários ou trabalhadores e tão-só para efeito do exercício do direito de regresso daquelas sobre estes (cfr. artigos 6.º 8.º da Lei n.º 67/2007).

Saliente-se, por último, que as considerações que se foram tecendo têm como pressuposto um âmbito de aplicação do artigo 100.º do CPTA (e, consequentemente do artigo 7.º/2 da Lei n.º 67/2007) que coincide (ainda) com o âmbito objectivo das directivas comunitárias em matéria de contratação pública.

O previsível futuro alargamento do processo urgente previsto no artigo 100.º do CPTA (e, consequentemente, da indemnização consagrada no artigo 7.º/2 da Lei n.º 67/2007) a todos os procedimentos de formação de contratos da Administração, implicará isolar, nesse universo alargado, os procedimentos de formação dos contratos públicos que se incluem no escopo das directivas comunitárias (ou, pelo menos, que estão sujeitos aos princípios fundamentais do Tratado). Pois, as regras encontradas para estes casos não podem, sem mais, ser transpostas para situações que não comunguem

⁵⁰ Sobre o funcionamento do artigo 102.º/5, v. Ac. TCAS de 11.05.2006, P. 1149/05, e anotação ao mesmo por VERA EIRÓ, “Que indemnização é esta? — A aplicação do artigo 102.º, n.º 5, do CPTA”, *CJA*, 62, 41 e ss.

das razões de direito comunitário que levaram à consagração desta forma processual urgente e à previsão de um regime de responsabilidade civil extracontratual com os “requisitos definidos pelo direito comunitário”.

Em jeito de conclusão, note-se que a responsabilidade civil nestes procedimentos de adjudicação surge numa encruzilhada de interposições: visa garantir o cumprimento das regras comunitárias sobre contratação pública; partilha a preocupação de responsabilizar civilmente os poderes públicos pela violação do direito comunitário; entronca no regime geral da responsabilidade civil extracontratual da Administração; e, embora consubstanciando um ilícito de natureza distinta da *culpa in contrahendo*, comunga dos problemas de avaliação do dano e do nexo causal em sede pré-contratual.

A sua relevância crescente, proporcional à importância do mercado interno da contratação pública, justifica um melhor e mais aprofundado estudo das suas particularidades.

Lisboa, Maio de 2008