

## Apresentação

### Actualidade

Contratação pública e fundos comunitários

BERNARDO AZEVEDO | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

Breves notas a propósito do novo regime da RAN

CARLOS CARVALHO | *Juiz Desembargador do TCAN*

O contrato de prestação de serviços na Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro: um regime contrário à Constituição e ao Direito Comunitário

LICÍNIO LOPES MARTINS | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

Um caso exemplar de degradação da autonomia municipal

PEDRO GONÇALVES | *Professor da Faculdade de Direito de Coimbra*

Restrições à participação em procedimentos de contratação pública

RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

### Doutrina

Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da Directiva 2007/66/CE

ADOLFO MESQUITA NUNES | *Advogado*

Notas sobre a antecipação do juízo sobre a causa principal (um comentário ao art. 121º do CPTA)

DORA LUCAS NETO | *Juiza de Direito do TAC de Lisboa*

A indemnização pelo sacrifício

FERNANDO ALVES CORREIA | *Professor da Faculdade de Direito de Coimbra*

Publicidade e Segredo no Conselho de Estado

J. C. VIEIRA DE ANDRADE | *Professor da Faculdade de Direito de Coimbra*

O princípio democrático sob a pressão dos novos esquemas regulatórios

J. J. GOMES CANOTILHO | *Professor da Faculdade de Direito de Coimbra*

O novo direito do urbanismo

SUZANA TAVARES DA SILVA | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

### Informações



1

Maio de 2009

## D O U T R I N A

## Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da Directiva 2007/66/CE

Adolfo Mesquita Nunes

*Advogado***1. Enquadramento**

A aproximação da data limite de transposição da Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007<sup>1</sup>, oferece um excelente pretexto para actualizar reflexões acerca da urgência no contencioso pré-contratual, uma vez esta Directiva diz precisamente respeito à melhoria da eficácia dos recursos em matéria de adjudicação de contratos públicos

Reagindo às pressões rítmicas impostas pela aceleração dos procedimentos de contratação pública prevista nas Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho<sup>2</sup>, a Direc-

tiva 2007/66/CE introduziu no ordenamento comunitário um conjunto de mecanismos de desaceleração procedimental e de reforma contenciosa que importa destacar.

Esperar-se-ia de uma Directiva que se propôs garantir a aplicação efectiva das disposições das Directivas Procedimentais, impondo aos Estados-Membros a obrigação de estabelecer processos de recurso rápidos e eficazes em caso de violação das referidas Directivas, que a mesma trabalhasse com a realidade procedimental que nelas foi consagrada e se dedicasse a desenvolver um conjunto de mecanismos contenciosos adequados a

---

<sup>1</sup> Directiva que altera as Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho, em conjunto aqui referidas como “Directivas relativas aos meios contenciosos”.

<sup>2</sup> Relativas à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento

---

e dos contratos públicos de serviços e procedimentos de adjudicação de contratos nos sectores excluídos da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, respectivamente. Aqui referidas, em conjunto, como “Directivas Procedimentais”.

fazer vingar as opções das Directivas Procedimentais.

Não foi isso, no entanto, que sucedeu com a Directiva 2007/66/CE e, em consequência, com a actual redacção das Directivas relativas aos meios contenciosos. Na verdade, como qualquer rápida leitura do documento permite apreender, a Directiva estabelece um conjunto de mecanismos de desaceleração procedimental que poderiam, e em rigor deveriam, estar previstos nas Directivas Procedimentais. Pode mesmo dizer-se que custa entender que, no curto espaço de três anos, o ordenamento comunitário tenha visto nascer, neste âmbito, Directivas com sentidos rítmicos conflitantes.

De um lado, as Directivas Procedimentais apostadas na criação de procedimentos de sentido aberto, capazes de conformar técnicas de negociação e aceleração e direccionados no sentido da eficácia, da velocidade e do ganho de tempo. Do outro lado, as Directivas relativas aos meios contenciosos apostadas, pela mão da Directiva 2007/66/CE, em criar não só mecanismos de urgência contenciosa como igualmente mecanismos de desaceleração procedimental tendentes à atempada reacção contenciosa às ilegalidades ocorridas nos procedimentos de contratação pública.

E se o resultado nacional das Directivas Procedimentais está à vista de todos no Código dos Contratos Públicos que as

transpôs (“CCP”)<sup>3</sup>, tendo já sido objecto de análises várias, a verdade é que a Directiva 2007/66/CE tem sido objecto de menor atenção.

Assim, atendendo a que data limite de transposição dessa Directiva é de 20 de Dezembro de 2009 e tendo em conta que essa transposição implicará necessariamente a introdução de alterações no CCP e no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“CPTA”), impõe-se uma breve análise crítica sobre as principais implicações desta Directiva no ordenamento jurídico nacional. É o que procurarei fazer neste artigo, começando por contextualizar os principais problemas a que a Directiva visou dar resposta.

## **2. Os riscos da velocidade procedimental no âmbito da contratação pública**

A velocidade dos procedimentos de contratação pública não configuraria qualquer problema para os particulares que neles participam se as especificidades desses procedimentos não ditassem uma drástica redução das possibilidades de tutela dos particulares a partir de um determinado momento.

De facto, a velocidade procedimental, enquanto resposta aos novos desafios que os tempos modernos colocam em termos de rapidez, não pode senão beneficiar os particulares que participam

---

<sup>3</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

nos procedimentos de contratação pública.

No entanto, no âmbito pré-contratual, existe um momento a partir do qual é possível que a reacção contenciosa a qualquer acto procedimental possa perder grande parte da sua utilidade.

Esse momento é, não só mas também no nosso ordenamento, o da celebração e início de execução do contrato, por circunstâncias várias que escapam à economia deste artigo e que se relacionam com a especial dificuldade de obter a execução das sentenças que ditam a invalidade consequente dos contratos<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Em todo o caso, direi que a barreira que a celebração do contrato encerra no nosso ordenamento se deve, essencialmente, a circunstâncias alheias ao quadro temporal ou formal da instância, antes encontra fundamento no regime substantivo de invalidade consequente dos contratos na sequência da ilegalidade dos seus actos de formação e ainda na forma como a celebração do contrato é encarada em sede de execução de sentenças e de decretamento de providências cautelares. Perante um regime substantivo, que adiante descreverei, em que a invalidade consequente do contrato não é processualmente automática e em que existe um momento que medeia a anulação do acto e as possíveis consequências no contrato, as dificuldades que se levantam aos particulares no âmbito do contencioso pré-contratual dizem respeito à forma como podem alcançar a execução de uma sentença de invalidade do contrato, não tendo conseguido evitar a sua celebração. Assim, são três os principais factores que, no actual quadro substantivo e processual, podem colocar em causa a tutela dos autores processuais: i) ponderação do juiz acerca da invalidade consequente do contrato, ii) mecanismos colocados à disposição das entidades adjudicantes para a manutenção da coisa contratada bem como a impossibilidade ou especiais dificuldades em anular ou declarar nulo o contrato e, finalmente, iii) a ponderação do juiz

Não pode dizer-se que a tutela do particular se torna impossível a partir desse momento, mas a verdade é que os obstáculos que podem surgir com a celebração do contrato são em número considerável e levantam constrangimentos relevantes.

Precisamente por isso é que, por verdadeira dedicação à urgência da sua actividade ou por clara vontade de escapar às malhas contenciosas, as entidades adjudicantes sempre tenderam para celebrar os contratos de forma tão rápida quanto possível (*“corridas à assinatura do contrato”*)<sup>5</sup>.

E não se pense que a situação de facto consumado provocada pela celebração do contrato é de difícil ocorrência. No âmbito dos trabalhos de consulta operados pela Comissão para a elaboração da Directiva 2007/66/CE, concluiu-se que 50% a 57% dos consultados já haviam sido privados de tutela jurisdicional em virtude da celebração do contrato<sup>6</sup>.

---

cautelar do interesse público na manutenção do contrato entretanto celebrado.

<sup>5</sup> É esta a expressão utilizada na proposta de Directiva do Parlamento e do Conselho apresentada pela Comissão, que altera as Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia dos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos e que redundou na Directiva 2007/66/CE.

<sup>6</sup> A esta situação deve somar-se o facto de as pretensões indemnizatórias, enquanto compensação da não execução da anulação do contrato, acabarem por não fornecer uma tutela adequada. Em primeiro lugar porque, no caso dos concorrentes ao procedimento, o seu objectivo são as vantagens económicas da execução do contra-

O TJCE inclusivamente já se pronunciou sobre esta matéria, no Acórdão *Alcatel Austria e o.*<sup>7</sup> e no Acórdão *Comissão/Áustria*<sup>8</sup>, considerando que a concomitância da decisão de adjudicação e da celebração do contrato priva os interessados de qualquer possibilidade de recurso para obter a anulação de uma decisão ilegal de adjudicação ou para prevenir a celebração do contrato, assim se frustrando as disposições do artigo 2.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Directiva 89/665/CEE. Já para não falar, também, da adjudicação ilegal de contratos por ajuste directo, excessivamente frequente e que o TJCE qualifica como a mais importante violação do direito comunitário em matéria de contratos públicos<sup>9</sup>.

Perante este cenário é fácil perceber que as tendências aceleratórias dos procedimentos de contratação pública antecipam, em termos cronológicos, o momento de celebração do contrato e que, em consequência, antecipam o momento a partir do qual a reacção contenciosa contra às ilegalidades cometidas no procedimento perde parte da sua força<sup>10</sup>.

---

to. Em segundo lugar porque, mesmo que assim não fosse, é seguramente difícil fazer a prova da extensão e profundidade das lesões. Tanto assim é que, actualmente, não pode dizer-se que a tutela indemnizatória constitua um factor de dissuasão das ilegalidades praticadas pela Administração.

<sup>7</sup> Cfr. Acórdão C-81/98, Colect., p. I-7671.

<sup>8</sup> Cfr. Acórdão C-212/02, Colect., p. I-0000.

<sup>9</sup> Acórdão do TJCE, de 11 de Janeiro de 2005, *Stadt Halle*, Processo C-26/03, Col. 2005, p. I-1.

<sup>10</sup> Em Portugal o CCP encarregou-se naturalmente de corporizar estas modernas tendências de

Estamos por isso num verdadeiro *jogo do apanha*, em que as entidades adjudicantes vão correndo à frente, desenvolvendo todos os esforços no sentido de contornar as tentativas contenciosas para apanhar o ritmo dos procedimentos, sendo certo que a reacção jurisdicional está sempre atrasada relativamente àquela uma vez que opera tendencialmente num cenário de facto consumado, em que o acto ilegal já produz os seus efeitos de forma unilateral e sem qualquer mediação jurisdicional.

---

aceleração procedimental, sendo possível destacar alguns aspectos exemplificativos. Em primeiro lugar, as regras relativas à escolha do procedimento e que procuram, como a nova centralidade do ajuste directo o demonstra, prosseguir o objectivo preambularmente expresso de “*pôr fim à actual banalização dos procedimentos de tramitação mais pesada e complexa (designadamente o concurso público e o concurso limitado)*”. Em segundo lugar, as regras relativas à tramitação dos procedimentos, tendentes à supressão ou mitigação de fases e formalidades supérfluas (eliminação do acto público, supressão da avaliação da capacidade financeira e técnica dos concorrentes no concurso público ou transferência da fase de habilitação para depois da adjudicação). E por fim as regras de desmaterialização procedimental que favorecem, nos termos do preâmbulo, o “*encurtamento dos prazos procedimentais, tanto reais quanto legais*”, através da utilização de novas tecnologias, reflectidas na utilização de plataformas electrónicas (as propostas passam a ser entregues por via electrónica e grande parte das notificações e intervenções procedimentais passam a ter lugar nessas plataformas e em tempo mais imediato) e na utilização de sistemas de aquisição dinâmicos.

### 3. A urgência no contencioso pré-contratual como resposta insuficiente à velocidade procedimental: o processo urgente de contencioso pré-contratual

O reforço da tendência aceleradora dos procedimentos de contratação pública provou a insuficiência das orientações do legislador comunitário nas versões originais das Directivas relativas aos meios contenciosos.

Essas Directivas previam, na sua versão original, mecanismos processuais destinados a evitar a celebração do contrato, nelas se evidenciando a preocupação de fornecer ao autor processual todos os meios contenciosos necessários à defesa dos seus direitos e interesses antes da celebração do contrato. As Directivas apostaram, por isso, na consagração de uma musculada tutela cautelar que pudesse favorecer a emissão de uma decisão judicial antes da celebração do contrato, devidamente acompanhada pela exigência de formas processuais céleres e eficazes<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Assim se justifica a redacção do artigo 2.º n.º 1 da Directiva Recursos, e toda a atenção que aí é dedicada à tutela cautelar, devendo os Estados-membros velar “por que as medidas tomadas para os efeitos dos recurso prevejam os poderes que permitam (...) tomar o mais rapidamente possível, através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa ou a execução de qualquer decisão tomada pelas entidades adjudicantes”. O artigo 2.º, n.º 1 da Directiva 92/13/CEE

Precisamente, e em transposição dessas Directivas, o legislador português consagrou uma forma processual autónoma e urgente para o contencioso pré-contratual, prevista no artigo 100.º e seguintes do CPTA. Por outro lado, estabeleceu comandos próprios aplicáveis à sua instrumental tutela cautelar, no seu artigo 132.º.

No entanto, tal como tive oportunidade de defender noutra ocasião<sup>12</sup>, esta forma processual provou ser insuficiente para oferecer a tutela que lhe competia, o que aliás reforça, como adiante descreverei, a necessidade de, a pretexto da transposição da Directiva 2007/66/CE, nela se operarem diversas reformas.

Sumariamente, penso que pode dizer-se que o processo previsto no artigo 100.º e seguintes do CPTA se trata de um processo excessivamente lento, pese a suposta urgência que o enforma; circunstância que se revela em diversos aspectos:

estatuí que os Estados-membros devem “(...) tomar, no mais curto prazo e mediante processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados novos prejuízos aos interessados, incluindo medidas destinadas a suspender ou a mandar suspender o procedimento de celebração do contrato em causa ou a execução de quaisquer decisões tomadas pela entidade adjudicante”.

<sup>12</sup> Dissertação de Mestrado, ainda em revisão para publicação, mas já disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, intitulada “A Urgência no Contencioso Pré-Contratual”.

- i) a tramitação do processo urgente de contencioso pré-contratual é decalçada da tramitação da acção administrativa especial, essencialmente mais acelerada mas com poucas variações formais, o que não favorece a celeridade<sup>13</sup>;
- ii) o processo convoca uma cognição verticalmente plena porquanto não está prevista qualquer restrição dos meios de prova, deixando o processo nas mãos das pressões dilatórias das partes<sup>14</sup>;
- iii) a propositura do processo urgente principal não tem qualquer efeito suspensivo sobre o procedimento<sup>15</sup>;
- iv) em matéria cautelar, a redacção do artigo 132.º do CPTA, por contraponto com a redacção do artigo 130.º, tem favorecido a opinião

jurisprudencial de que não se aplicam às providências cautelares instrumentais do processo urgente os mecanismos de tutela pré-cautelar: suspensão automática do procedimento por proposição de requerimento de providência cautelar (artigo 128.º) e decretamento provisório da providência cautelar (artigo 131.º)<sup>16</sup>;

v) o autor processual não tem qualquer vantagem imediata no processo urgente se não recorrer aos mecanismos cautelares, sendo que nestes

<sup>13</sup> O processo apresenta uma única tramitação aplicável a todos os litígios que recaem no seu âmbito. Teria sido admissível, atenta a heterogeneidade associada à matéria da contratação pública, a definição de tramitações diferenciadas, através de critérios vários como fossem o do valor da causa ou o do prazo de execução do contrato. A tramitação única ignora as enormes dificuldades de tratamento homogéneo da matéria sujeita ao contencioso pré-contratual.

<sup>14</sup> Teria sido admissível compor de forma diferenciada a gestão dos meios de prova de acordo com tramitações diferenciadas. Mas, mesmo que assim não fosse, admitia-se, por exemplo, a consagração de um modelo de restrição dos meios à prova documental, cabendo ao juiz a decisão de, se assim o entendesse, abrir um período de instrução.

<sup>15</sup> Teria sido admissível ponderar tal suspensão automática excepcional, ao menos em caso de impugnação de actos que assumem um efeito dificilmente reversível no procedimento, como é seguramente o caso da adjudicação.

<sup>16</sup> Veja-se, a este respeito, o Ac. do STA de 20.03.07, proc. n.º 01191/06:

“I – Nos termos do artigo 132.º, 3 do CPTA são aplicáveis às providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos “as regras do capítulo anterior, com ressalva do disposto nos números seguintes”. Comparando este artigo com o artigo 130.º, 4 que manda aplicar não só o disposto no capítulo I, mas ainda “... nos dois artigos precedentes”, concluímos que o legislador quis distinguir o âmbito das referidas remissões.

II – Atendendo por outro lado, à génese do artigo 132.º do CPTA (cuja fonte próxima radica no artigo 5.º do Dec. Lei 134/98, de 15 de Maio), bem como ao regime da Directiva Comunitária n.º 89/665/CEE, do Conselho de 21 de Dezembro que aquele diploma transpõe para o direito interno, que no seu artigo 2.º, n.º 3 estabelecia que “os processos de recurso, por si só, não devem ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos sobre os processos de adjudicação de contratos a que se referem”, deve o referido artigo 132.º, 3 do CPTA ser interpretado, de acordo com o seu sentido literal, ou seja, excluindo a aplicação do disposto nos artigos 128.º (proibição de executar o acto administrativo) e 131.º (decretamento provisório da providência) às providências relativas a procedimentos de formação de contratos”.

se vê privado dos mecanismos de tutela pré-cautelar e

- vi) o esquema de urgência montado pelo legislador assenta no claro pressuposto de que vai existir uma decisão cautelar, sendo que a experiência demonstra, na esmagadora maioria dos casos, que a decisão cautelar não é emitida antes da celebração do contrato.

Em suma, uma análise menos superficial sobre o quadro formal da instância do processo urgente permite entender que este não consegue, na esmagadora maioria dos casos e por si só, assegurar uma tutela eficaz do autor processual, uma vez que não chega a tempo de evitar ou atrasar a celebração do contrato.

Simultaneamente, uma análise rápida aos instrumentos cautelares associados a este processo urgente permite verificar que o legislador não cuidou de, com clareza, estender ao processo urgente de contencioso pré-contratual a musculada tutela pré-cautelar que criou nos artigos 128.º e 131.º.

As incapacidades do processo urgente de contencioso pré-contratual aconselham, por isso, à sua rápida reforma no sentido de o aproximar dos objectivos de tutela que presidiram a sua consagração.

Mas ainda que essa reforma se faça, uma coisa é certa: o tempo processual não pode ser mais rápido do que a própria sombra. É exactamente por isso que o contencioso pré-contratual, em quase

todas as formulações que se conhecem por essa Europa - e por mais sofisticadas que sejam -, está condenado a partir quase sempre com atraso relativamente a algumas violações por parte das entidades adjudicantes.

São aliás vários os mecanismos que têm sido tentados, alguns deles obrigando a repensar os próprios limites e funções da tutela cautelar. Veja-se, por exemplo, que neste *jogo do apanha* são já admitidos mecanismos destinados a fornecer uma tutela prévia à própria tutela cautelar, como que para assegurar que a decisão cautelar tenha efeito útil, tal como em Portugal sucede com o artigo 131.º do CPTA (e já veremos em que termos). Note-se até onde o contencioso já vai. Este já dispõe de mecanismos para assegurar a utilidade da decisão cautelar que vai assegurar a utilidade da decisão principal.

E se assim é, como agora tentarei evidenciar com a análise da Directiva 2007/66/CE, a reforma do processo urgente poderá não bastar para assegurar a tutela dos particulares no contexto da contratação pública.

#### **4. Da necessidade de recorrer a mecanismos de desaceleração procedimental: a Directiva 2007/66/CE**

De facto, o atraso da reacção contenciosa no âmbito dos procedimentos de contratação pública, apesar das várias reformas contenciosas em vários orde-

namentos dos Estados-Membros, obrigou o legislador comunitário a repensar os mecanismos da urgência no âmbito da contratação pública e a procurar garantir a tutela do interesse subjectivo directamente nos próprios procedimentos concursais.

É nesse prisma que deve ser lida a Directiva 2007/66/CE que reviu as Directivas relativas aos meios contenciosos.

Na verdade, a Directiva propõe um conjunto de mecanismos que se inscrevem já na esfera procedimental e não, como seria de esperar de uma revisão das Directivas dos meios contenciosos, no âmbito processual, dando assim conta do conflito de tensões rítmicas no seio da contratação pública.

Vejamos quais são esses mecanismos.

Em primeiro lugar, e para evitar que as entidades adjudicantes consigam, através da celebração do contrato, tornar irreversíveis as consequências da decisão de adjudicação impugnada, manda a Directiva que as entidades adjudicantes que concluem um processo formal de adjudicação suspendam, em princípio, a celebração do contrato por um prazo mínimo de 10 dias úteis (prazo de “*stand still*”) a contar da data de notificação da decisão de adjudicação, devidamente fundamentada, aos operadores económicos que tenham participado no processo de adjudicação (novos artigos 2.º-

A, n.º 2 das Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE)<sup>17</sup>.

Digo em princípio porque a Directiva prevê, na nova redacção do artigo 2.º-B das Directivas revistas, que os Estados-Membros possam dispensar o prazo de “*stand still*” nos seguintes casos:

- i) se não for exigida a publicação prévia do anúncio de concurso no Jornal Oficial da União Europeia;
- ii) se o único proponente interessado for o adjudicatário do contrato e não houver outros candidatos interessados;
- iii) em caso de um contrato baseado num acordo-quadro (aplicável apenas aos sectores clássicos) e no caso de um contrato específico baseado num sistema de aquisição dinâmico.

Ainda assim, se estas excepções se verificarem, manda o mesmo artigo das Directivas que os Estados-Membros assegurem que o contrato não produzirá efeitos nos seguintes casos:

- i) violação de algumas disposições relativas ao procedimento de contratação em caso de celebração de contrato ao abrigo de um acordo-

<sup>17</sup> O prazo mínimo de 10 dias é aplicável em caso de utilização de telecópia ou de meios electrónicos. Em caso de utilização de outros meios de comunicação, o prazo é de, alternativamente, 15 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação tiver sido comunicada aos proponentes e candidatos interessados ou de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data de recepção da decisão de adjudicação do contrato.

quadro que não defina todos os termos da contratação (segundo travessão do segundo parágrafo do n.º 4 do artigo 32.º);

- ii) se existir violação de algumas disposições que regulam a contratação por sistemas de aquisição dinâmicos (n.ºs 5 e 6 do artigo 33.º da Directiva 2004/18/CE e dos n.ºs 5 e 6 do artigo 15.º da Directiva 2004/17/CE) e
- iii) se o valor estimado do contrato for igual ou superior aos limiares estabelecidos nas Directivas Procedimentais.

Em segundo lugar, a Directiva estabelece, nos novos artigos 2.º n.º 3 das Directivas revistas, que caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso, não podendo essa suspensão cessar antes do termo do referido prazo de “*stand still*”.

Assim, os Estados-Membros devem prever que, em caso de interposição de um recurso contra o acto de adjudicação, este deve beneficiar de um efeito suspensivo automático sobre o procedimento.

Esse efeito suspensivo pode ser temporário (não podendo nunca terminar antes de expirado o prazo de “*stand still*”), devendo em qualquer caso durar o tempo suficiente para que a instância de recurso possa tomar uma decisão que assegure a tutela do particular, quer essa decisão se exerça em sede cautelar quer se exerça em sede principal.

Em terceiro lugar, no caso de os Estados-Membros exigirem que o interessado solicite previamente à entidade adjudicante a alteração da sua decisão, devem tais Estados assegurar-se, nos termos do novo artigo 1.º, n.º 5 das Directivas revistas, que a apresentação de tal pedido implica a suspensão imediata da possibilidade de celebrar o contrato. Essa suspensão não poderá cessar antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos, a contar do dia seguinte à data em que a entidade adjudicante tiver enviado uma resposta<sup>18</sup>.

Nestes dois últimos casos (suspensão do procedimento por recurso contra o acto de adjudicação ou por interposição de reclamação graciosa necessária), a Directiva é clara em determinar a consagração de um efeito suspensivo automático,

<sup>18</sup> Também aqui o prazo mínimo de 10 dias é aplicável em caso de utilização de telecópia ou de meios electrónicos. Em caso de utilização de outros meios de comunicação, o prazo é de, alternativamente, 15 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a entidade adjudicante tiver enviado uma resposta ou de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data de recepção da resposta.

excepcionando estes casos da tradicional regra nos ordenamentos europeus – com excepção do alemão – de que o recurso não deve ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos relativamente aos processos de adjudicação de contratos a que se refere<sup>19</sup>.

A importância destes três mecanismos desaceleratórios é de tal ordem que, a fim de evitar violações graves das exigências em matéria de prazo suspensivo e de suspensão automática, a Directiva estabelece que deverão ser aplicadas sanções efectivas.

Por conseguinte, os contratos celebrados em violação dos prazos suspensivos ou de suspensão automática deverão ser juridicionalmente considerados desprovidos de efeitos se conjugados com violações às Directivas Procedimentais, na medida em que tais violações tenham afectado as hipóteses do proponente que interpôs recurso de obter o contrato (artigo 2.º-D, n.º 1, alínea b) das Directivas revistas).

Só assim não será, permite o artigo 2.º-E das Directivas revistas, se os Estados-Membros autorizarem a instância de recurso independente a decidir, depois de avaliados todos os aspectos relevantes, se o contrato deve ser considerado desprovido de efeitos ou se devem ser impostas sanções alternativas.

Estas sanções alternativas devem ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas e devem consistir na aplicação de sanções pecuniárias à entidade adjudicante ou na redução da duração do contrato, não podendo em qualquer caso passar pela concessão de indemnizações, conforme manda o mesmo artigo.

Note-se pois que, na tentativa de consagrar e reforçar a desaceleração procedimental, a Directiva vai ao ponto de explorar um terreno que há bem pouco tempo julgaríamos interdito: a privação de efeitos de contratos celebrados com violações graves de Directivas, legitimando e abrindo caminho para atenuar os efeitos da celebração do contrato nos direitos dos particulares.

Esta privação de efeitos do contrato está aliás prevista em duas outras circunstâncias, também alinhadas no n.º 1 do novo artigo 2.º - D das Directivas revistas.

Assim, o contrato será juridicionalmente privado de efeitos se a entidade adjudicante tiver adjudicado um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no Jornal Oficial da União Europeia sem que tal seja permitido nos termos das Directivas Procedimentais.

Só assim não terá de ser, nos termos do novo n.º 4 do artigo 2.º-D das Directivas revistas, se:

- i) a entidade adjudicante considerar que a adjudicação de um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no Jornal Oficial da

<sup>19</sup> Regra aliás exposta nos novos artigos 2.º, n.º 4 e 2.º n.º 3-A das Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE respectivamente.

União Europeia é permitida nos termos das Directivas Procedimentais;

- ii) a entidade adjudicante tiver publicado no Jornal Oficial da União Europeia um anúncio voluntário de transparência *ex ante* manifestando a sua intenção de celebrar o contrato<sup>20</sup> e
- iii) o contrato não tiver sido celebrado antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data da publicação do anúncio.

O contrato será ainda jurisdicionalmente privado de efeitos se, tendo os Estados-Membros invocado a excepção à aplicação do prazo suspensivo “*stand still*” para os contratos baseados num acordo-quadro e num sistema de aquisição dinâmico:

- i) existir violação das disposições que prevêm o procedimento de contratação a seguir em caso de celebração de contrato ao abrigo de um acordo-quadro que não defina todos os termos da contratação e das disposições que regulam a contratação

<sup>20</sup> Este anúncio deve conter as seguintes informações: a) O nome e contactos da entidade adjudicante; b) Uma descrição do objecto do contrato; c) Uma justificação da decisão da entidade adjudicante de adjudicar o contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no Jornal Oficial da União Europeia; d) O nome e contactos do operador económico a favor de quem foi tomada a decisão de adjudicação do contrato; e e) Se adequado, qualquer outra informação considerada útil pela entidade adjudicante.

por sistemas de aquisição dinâmicos e

- ii) se o valor estimado do contrato for igual ou superior aos limiares estabelecidos nas Directivas Procedimentais.
- iii) Mais uma vez, só assim não terá de ser, nos termos do novo n.º 5 do artigo 2.º-D das Directivas revistas, se:
- iv) a entidade adjudicante considerar que a adjudicação do contrato foi feita nos termos das Directivas Procedimentais,
- v) a entidade adjudicante tiver enviado a decisão de adjudicação do contrato, acompanhada da exposição sintética dos motivos, aos proponentes interessados e ainda se
- vi) o contrato não tiver sido celebrado antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação do contrato foi enviada aos proponentes interessados<sup>21</sup>.

A Directiva não refere quais devem ser as consequências dessa privação de efeitos,

<sup>21</sup> Este prazo de 10 é apenas aplicável em caso de utilização de telecópia ou de meios electrónicos. Em caso de utilização de outros meios de comunicação, o prazo mínimo é, alternativamente, de 15 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação foi enviada aos proponentes interessados ou de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data de recepção da decisão de adjudicação do contrato

deixando aos ordenamentos nacionais a necessária liberdade para o efeito.

Assim, são admissíveis várias soluções legislativas a este respeito, nomeadamente a anulação retroactiva de todas as obrigações contratuais executadas e por executar ou, ao invés, a anulação apenas das obrigações que ainda devam ser cumpridas. Importa registar, no entanto, que se o Estado-Membro optar por prever apenas a anulação das obrigações por executar, devem ainda aplicar-se cumulativamente sanções acessórias.

Evidentemente que esta privação de efeitos proposta pela Directiva está temperada com mecanismos destinados a assegurar a proporcionalidade da medida, razão pela qual a Directiva autoriza, ainda no mesmo artigo 2.º-D das Directivas revistas, os Estados-Membros a permitir que a instância responsável pela decisão do recurso não ponha em causa o contrato ou lhe reconheça determinados efeitos, ou todos eles, caso as circunstâncias excepcionais do caso em apreço exijam o respeito de certas razões imperiosas de interesse geral.

Mas não se pense que a Directiva convive facilmente com toda e qualquer invocação do interesse geral na manutenção do contrato. Antes pelo contrário, a Directiva é clara ao referir, no n.º 3 do artigo 2.º-D das Directivas revistas, que o interesse económico na manutenção dos efeitos do contrato só pode ser considerado razão imperiosa se, em circunstân-

cias excepcionais, a privação de efeitos acarretar consequências desproporcionadas.

Mais do que isso, a Directiva avança no sentido de que não deve constituir razão imperiosa de interesse geral o interesse económico directamente relacionado com o contrato em causa, aqui se incluindo os custos resultantes de atraso na execução do contrato, os custos resultantes da abertura de um novo procedimento de adjudicação, os custos resultantes da mudança do operador económico que executa o contrato e os custos das obrigações legais resultantes da privação de efeitos.

Do que antecede resulta que não só a Directiva que veio rever as disposições relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos públicos se decidiu a criar exigentes mecanismos suspensivos dos procedimentos de contratação, como igualmente veio quebrar um tabu há muito criado - que o contrato público é um castelo muito dificilmente transponível - reconhecendo que a privação de efeitos constitui o meio mais eficaz de restabelecer a concorrência e de criar novas oportunidades para os operadores económicos que tenham sido ilegalmente privados da oportunidade de concorrer ou de ganhar o procedimento.

### 5. Impacto contencioso da tendência desaceleratória dos procedimentos de contratação pública – a transposição da Directiva 2007/66/CE

As orientações da Directiva 2007/66/CE têm evidente impacto na procedimentalização da actividade contratual das entidades adjudicantes e na urgência do contencioso pré-contratual, de tal forma que se não vê como transpô-la sem, precisamente, proceder a uma alteração do CCP e do processo urgente de contencioso pré-contratual.

Vejamos de que forma esse impacto se faz sentir na nossa ordem jurídica e, em consequência, quais as preocupações a ter na sua transposição.

Começemos pelos mecanismos suspensivos criados pela Directiva e que agora recordo:

- i) prazo suspensivo destinado a impedir a celebração do contrato nos primeiros 10 dias (no mínimo) após a notificação da adjudicação a todos os interessados, e não apenas ao adjudicatário;
- ii) prazo (suspensão automática) destinado a impedir a celebração do contrato no prazo no mínimo igual ao referido na alínea anterior após a proposição de uma pretensão contenciosa contra uma decisão de adjudicação e
- iii) prazo (suspensão automática) destinado a impedir a celebração do contrato nos primeiros 10 dias (no

mínimo) após a resposta a uma reclamação graciosa necessária.

O prazo referido em (i) está actualmente consagrado no artigo 104.º, n.º 1, alínea a) do CCP, o qual estipula que a outorga do contrato deve ter lugar no prazo de 30 dias contados da data da aceitação da minuta ou da decisão sobre a reclamação, mas nunca antes de decorridos 10 dias contados da data da notificação da decisão de adjudicação.

Trata-se, portanto, de um mecanismo já transposto para a nossa ordem jurídica pelo CCP, embora de forma não assumida atenta a contemporaneidade dos documentos normativos em causa.

Acontece, porém, que esta previsão legal não alcança, sequer de perto, os intuitos que presidiram à sua consagração comunitária.

Na verdade, este prazo suspensivo foi comunitariamente pensado para proporcionar aos particulares o tempo suficiente para analisarem a decisão de adjudicação e avaliarem da oportunidade de interpor recurso.

Ora, na nossa ordem jurídica, esse prazo de 10 dias, que corresponde ao prazo mínimo previsto na Directiva, é manifestamente exíguo para que os particulares dele possam retirar qualquer feito útil.

Recorde-se que aos autores processuais no âmbito do contencioso pré-contratual urgente está actualmente vedado, por Jurisprudência firmada do STA, o recurso

à tutela pré-cautelar dos artigos 128.º e 131.º<sup>22</sup>.

Assim, de que serve este prazo de 10 dias se, ao dar entrada com uma petição inicial ou um requerimento inicial, o autor não tiver um qualquer efeito prático, tendo que esperar, no mínimo, algumas semanas até obter uma decisão cautelar ou alguns meses até obter uma decisão principal?

Em que se traduz, do ponto de vista do autor processual ou até do procedimento, este prazo de “*stand still*” se, no decurso do mesmo, é certo e seguro que nada vai acontecer que possa impedir o contrato de ser celebrado?

Portanto, das duas uma: ou este prazo tem de ser alargado, de forma a substituir, na esfera procedimental, a falta que, no plano contencioso, fazem os mecanismos de urgência e de tutela pré-cautelar, ou têm de alterar-se os termos do processo urgente de forma a dotar o particular de um mecanismo que lhe permita, num prazo de 10 dias, ter uma qualquer resposta jurisdicional que tute-

le a sua pretensão e confira efeito útil à suspensão.

Ainda assim, importa notar, os mecanismos da tutela pré-cautelar, mesmo que aplicados ao processo urgente de contencioso pré-contratual, têm limitações no espectro da sua tutela que devem merecer alguma reflexão por parte do legislador.

Por um lado, quanto à suspensão automática do acto suspendendo prevista no artigo 128.º do CPTA, o mecanismo da resolução fundamentada tem vindo a ultrapassar, em muito, o âmbito e o fito com que foi criada, assumindo-se como resposta certa e sabida a qualquer requerimento inicial notificado às entidades adjudicantes.

Por outro lado, quanto ao decretamento provisório da providência cautelar previsto no artigo 131.º do CPTA, está o mesmo excessivamente dependente do juízo de especial urgência feito pelo tribunal, o que equivale a dizer que ele opera enquanto mecanismo ultra-extrordinário.

Sou assim da opinião que o prazo de “*stand still*” de 10 dias previsto no CCP não está apto, no actual quadro contencioso e procedimental, a dar como transposto o prazo de “*stand still*” previsto no novo artigo 2.º-A das Directivas relativas aos meios contenciosos, havendo para isso que dotá-lo do efeito útil previsto na Directiva 2007/66/CE.

---

<sup>22</sup> Por outro lado, não é seguro que o prazo de 10 dias seja suficiente para alcançar um qualquer sentido de oportunidade da impugnação por parte do autor processual. Não podemos esquecer-nos que esse prazo se aplica por igual a procedimentos de formação de contratos muitos diversos. Desde contratos de fornecimento de material de escritório a contratos de concessão de uma auto-estrada, passando por contratos de construção de grandes infra-estruturas de transportes ou pequenas obras de conservação de caminhos regionais.

Aliás, parte desse efeito útil pode ser-lhe fornecido pelo prazo referido em (ii), e que consiste na inscrição de um efeito suspensivo automático sobre o acto de adjudicação pela proposição de uma pretensão processual contra o acto de adjudicação.

No nosso ordenamento a regra é a da não suspensão de eficácia do acto impugnado, com excepção do efeito suspensivo do acto suspendendo, prevista no artigo 128.º do CPTA.

Em grande parte, essa regra de não suspensão automática deve-se ao facto de o carácter suspensivo dos processos não ter, mesmo após a vaga de reformas contenciosas europeias, grandes adeptos por entre a maioria dos ordenamentos continentais.

Mas se já nada impedia que esse efeito suspensivo (eventualmente temporário) pudesse ser consagrado excepcionalmente<sup>23</sup>, nem que reservado aos actos finais ou mais determinantes do procedimento, como manifestamente é o caso do acto de adjudicação, a verdade é que, neste momento, a Directiva 2007/66/CE impõe, para a sua transposição, a introdução de um mecanismo de suspensão automática sobre o acto de adjudicação.

<sup>23</sup> É o que aliás acontece, por exemplo, no âmbito do artigo 50.º CPTA, onde a impugnação de um acto administrativo suspende a sua eficácia quando esteja apenas em causa o pagamento de uma quantia certa, sem natureza sancionatória, e tenha sido prestada garantia por qualquer das formas previstas na lei tributária.

Esse efeito suspensivo não carece de ser definitivo, isto é, não tem de durar até à data da decisão judicial que ponha termo à causa ou decida do decretamento de uma providência cautelar, uma vez que a Directiva, numa redacção não propriamente feliz, admite que o mesmo pode ser temporário, sendo certo que não pode nunca terminar antes de decorrido o prazo de “*stand still*”<sup>24</sup>.

No entanto, parece-me que essa possibilidade de prazo suspensivo temporário, admitida pela Directiva, presume que o decurso desse prazo de “*stand still*” está fixado de forma a conferir um qualquer efeito útil ao particular. Ou seja, a Directiva admite que o efeito suspensivo possa ser temporário mas apenas no caso de, no decurso do prazo de “*stand still*”, existir algum momento de apreciação jurisdicional que tutele o autor processual.

Qualquer outra interpretação que pretenda reduzir o efeito suspensivo obriga-

<sup>24</sup> De facto, o artigo 2.º, n.º 3 das Directivas revistas começa por dizer que caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não pode celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso, o que indicia a necessidade de esta suspensão se manter por um prazo suficientemente longo para permitir a apreciação jurisdicional. Mas, de seguida, o artigo refere que a suspensão não pode cessar antes do termo do prazo suspensivo de “*stand still*”, prazo que, como se sabe, pode ser de apenas 10 dias.

tório previsto na Directiva ao decurso de um exíguo prazo de “*stand still*” não poderá conduzir a uma correcta transposição da Directiva porquanto não terá sequer como objectivo evitar a celebração do contrato.

De facto, a pergunta volta a impor-se: de que servirá ter o procedimento de formação do contrato suspenso por 10 ou 15 dias se, no decurso desse prazo, o tribunal não estiver autorizado a interferir no procedimento evitando a celebração do contrato?

Repare-se que a norma a transpor, o novo artigo 2.º, n.º 3 das Directivas revistas, insiste em associar este prazo à necessidade de assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso.

Assim, das duas uma: ou o efeito suspensivo é suficientemente longo para cobrir o tempo normal de emissão de sentenças cautelares ou principais (podendo, no limite, não ser temporário e durar até que efectivamente essa decisão seja emitida) ou, então, terá de prever-se um qualquer momento de apreciação de mérito prévio à sentença (cautelar ou principal) e que especificamente se debruce sobre o efeito suspensivo imposto pela Directiva.

No primeiro caso terá de alterar-se o âmbito do artigo 128.º do CPTA, aplican-

do-o ao contencioso pré-contratual e eliminando a possibilidade de as entidades adjudicantes emitirem uma resolução fundamentada, já que a suspensão pretendida pela Directiva não está, nem pode estar, na disposição das entidades adjudicantes.

No segundo caso terá de proceder-se à criação de um novo mecanismo processual, uma vez que não me parece que uma eventual aplicação ao processo urgente de contencioso pré-contratual do mecanismo previsto no artigo 131.º do CPTA, tal qual está definido, possa contribuir para a transposição desse artigo.

Em primeiro lugar porque a Directiva é clara ao referir que entidade adjudicante não pode celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso, assim indiciando que a decisão que deve pôr termo à suspensão não pode ser fruto de uma cognição sumaríssima e ultra urgente, antes deve ser fruto de uma cognição sumária (cautelar) ou plena (principal).

Em segundo lugar porque a apreciação feita pelo juiz do decretamento provisório, no exíguo prazo de 48 horas, está reservada para casos flagrantes ou de “*especial urgência*”, os quais não esgotam o universo de pretensões sujeitas ao contencioso pré-cautelar às quais a Directiva quis oferecer protecção.

Parece-me, assim, que a transposição deste efeito suspensivo (se temporário) terá de fazer-se através da criação de um mecanismo que consagre uma apreciação jurisdicional pré-cautelar de toda e qualquer pretensão contra o acto de adjudicação; apreciação essa na qual o juiz terá de determinar ao certo se aquele efeito suspensivo deve ou não manter-se até à decisão cautelar ou principal, assim se assegurando, como manda a Directiva, que a entidade adjudicante não pode celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão.

Note-se que aquilo que o juiz terá aqui de fazer não é justificar porque é que o contrato deve ver suspensa a sua celebração, mas sim o oposto.

O juiz terá de partir da clara indicação da Directiva de que a celebração daquele contrato deve mesmo ser suspensa, só o podendo não ser quando, da apreciação sumária, resulte clara a improcedência da pretensão levada a juízo. Na dúvida, o juiz deve manter o efeito suspensivo porque, se o não fizer, estará a frustrar a tutela conferida pela Directiva e que aponta para a manutenção desse efeito suspensivo até à emissão de uma decisão de mérito cautelar ou principal.

Este mecanismo pode ser inserido quer no âmbito cautelar quer no âmbito principal, embora faça mais sentido que seja inserido no primeiro, e proporcionará uma decisão interlocutória inovadora. De

facto, o juízo a fazer pelo tribunal não será quanto ao decretamento de uma providência nem sequer quanto a um decretamento provisório da mesma. Será um juízo, isso sim, sobre a eventual necessidade, sempre extraordinária, de levantamento do efeito suspensivo automático imposto pela Directiva e que, salvo ponderosos motivos, deve manter-se até que o juiz cautelar (ou principal) emita uma sentença de mérito.

Finalmente importa fazer referência ao último dos mecanismos suspensivos previstos na Directiva, o prazo referido em (iii), destinado a impedir a celebração do contrato nos primeiros 10 dias (no mínimo) após a resposta a uma reclamação graciosa necessária.

Esse mecanismo não tem aplicação no nosso ordenamento, uma vez que o CCP estipula, no seu artigo 268.º, que as impugnações administrativas são facultativas.

No entanto, sempre terá de dizer-se que o CCP poderia ter ido mais longe do que aquilo que foi, uma vez que poderia, e a meu ver deveria, ter previsto no artigo 272.º que a celebração do contrato não poderia ter lugar enquanto as impugnações administrativas relativas à decisão de adjudicação não tivessem sido decididas ou não tivesse decorrido o prazo para a respectiva decisão.

De facto, tal qual está redigido este artigo, as impugnações graciosas relativas à decisão de adjudicação não obstam ao

prosseguimento do processo, o que não acontece com as impugnações administrativas relativas a actos procedimentais anteriores, numa distinção que se não percebe atenta a radical importância que a suspensão do acto de adjudicação reveste para os particulares.

Passando agora para as orientações da Directiva 2007/66/CE quanto aos efeitos da impugnação de actos procedimentais nos contratos celebrados no seu seguimento, importa começar por definir o actual regime vertido no CCP, de forma a apurar as implicações daquela Directiva no nosso ordenamento.

Nos actuais termos do artigo 283.º do CCP, o contrato público é contaminado automaticamente pelo vício que enferma o acto em que assentou a sua celebração, tenha esse vício já sido declarado judicialmente ou não (é esse o sentido da expressão “*ou possa ainda sê-lo*” do n.º 1 do artigo 283.º e da expressão “*se forem anuláveis*” do seu n.º 2) e desde que o acto se não tenha consolidado na ordem jurídica, se tenha convalidado ou tenha sido renovado sem reincidência nas mesmas causas de invalidade (conforme resulta do n.º 3 do mesmo artigo). Nessa contaminação, o contrato e o acto formam, para efeitos de anulação, um corpo único, ainda que essa contaminação automática do vício apenas se opere no plano substantivo e não no plano processual.

Assim, e atendendo a que o processo urgente de contencioso pré-contratual não exclui, no seu seio, a cumulação de pedidos, inicial e sucessiva, nos termos geralmente admitidos para as restantes formas processuais, é possível ao autor processual que impugna um acto de formação do contrato alargar o objecto do processo e alterar o quadro material da instância à apreciação da invalidade do contrato.

Uma vez colocada a questão da validade do contrato, cabe ao juiz retirar as consequências previstas no CCP, não lhe cabendo qualquer iniciativa de sanar a invalidade. No entanto, não existindo propriamente uma tipificação legal, o juiz terá de analisar, caso a caso, de que forma as invalidades dos actos se fizeram reflectir no contrato.

Aliás, nos termos do n.º 4 do artigo 283.º, o efeito anulatório previsto no n.º 2 pode ser afastado por decisão judicial ou arbitral, quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença e a gravidade da ofensa geradora do vício do acto procedimental em causa, a anulação do contrato se revele desproporcionada ou contrária à boa fé ou quando se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjectiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial.

Ora, a Directiva 2007/66/CE veio trazer novos dados a esta apreciação porquan-

to veio impor situações cuja verificação importa necessariamente, mediante intervenção jurisdicional, a privação de efeitos do contrato. Ou seja, veio estabelecer uma contaminação substantiva – mas também processual – de alguns vícios procedimentais no contrato público celebrado, de tal sorte que o tribunal deve, independentemente do pedido ou da cumulação de pedidos, determinar a privação de efeitos do contrato.

Assim, recorro, com especial interesse para o choque de tensões rítmicas no seio da contratação pública, que o CCP terá de alterar a sua redacção no sentido de estabelecer que os contratos celebrados em violação dos prazos suspensivos ou de suspensão automática deverão ser substantiva e processualmente contaminados com os vícios decorrentes dessa violação, se conjugados com violações às Directivas Procedimentais, na medida em que tais violações afectem as hipóteses do autor processual de obter o contrato.

Isto sem prejuízo de poder ainda estabelecer-se uma redacção que autorize a decisão judicial ou arbitral a decidir, depois de avaliados todos os aspectos relevantes, se o contrato deve ser considerado desprovido de efeitos ou se devem ser impostas sanções alternativas.

Igualmente, o CCP terá de prever que o contrato será jurisdicionalmente privado de efeitos se a entidade adjudicante o

tiver adjudicado sem publicação prévia de um anúncio de concurso no Jornal Oficial da União Europeia sem que tal fosse permitido nos termos das Directivas Procedimentais, embora com as excepções referidas no novo n.º 4 do artigo 2.º-D das Directivas revistas.

A Directiva não refere, como já tive oportunidade de referir quais devem ser as consequências dessa privação de efeitos, deixando aos ordenamentos nacionais a necessária liberdade para o efeito, sendo certo que o CCP deverá ser consequente com o espírito da Directiva, que não se comove com o interesse económico directamente relacionado com o contrato.

Por isso mesmo, aliás, a apreciação jurisdicional do que devam ser causas legítimas de inexecução de sentenças para os termos e efeitos do artigo 163.º do CPTA deve ter em conta os limites impostos pela Directiva à aplicação da privação de efeitos do contrato, havendo que rejeitar como fundamento o interesse económico directamente relacionado com o contrato em causa, aqui se incluindo os custos resultantes de atraso na execução do contrato, os custos resultantes da abertura de um novo procedimento de adjudicação, os custos resultantes da mudança do operador económico que executa o contrato e os custos das obrigações legais resultantes da privação de efeitos.

## 6. Conclusão

A entrada em vigor do CCP e a aprovação da Directiva 2007/66/CE oferecem um excelente pretexto para actualizar reflexões acerca da urgência no contencioso pré-contratual e das tendências rítmicas que enformam a contratação pública.

De facto, o CCP reflecte, do ponto de vista nacional, as preocupações comunitárias, expressas nas Directivas por este transpostas, de simplificação, flexibilização e aceleração dos procedimentos de formação dos contratos públicos, convocando uma especial velocidade na reacção contenciosa às ilegalidades cometidas ao longo daqueles procedimentos; e a Directiva 2007/66/CE, contemporânea do CCP, introduz no ordenamento comunitário um conjunto de orientações que não se quedam pela reforma dos modelos contenciosos pré-contratuais, imiscuindo-se também nos próprios impulsos rítmicos dos procedimentos de contratação pública, pugnando pela sua desaceleração.

Estas duas realidades testemunham uma espécie de confronto de tendências rítmicas no seio da contratação pública que se tornará mais evidente no momento em que nosso legislador tiver que transpor a Directiva 2007/66/VE.

Este confronto de tendências rítmicas não pode deixar de preocupar todos aqueles que procuram encarar os procedimentos de contratação pública e o próprio contencioso pré-contratual como

uma realidade pluridimensional destinada a acautelar os diversos interesses que no seu seio se movem.

Essa preocupação não advém apenas da relação de oposição dessas duas tendências, que quase nos leva a falar de dois legisladores distintos (o procedimental e o contencioso) mas também, e sobretudo, porque parece cada vez mais evidente que a tendência aceleradora atribuída aos procedimentos de contratação pública uma pujança tecnológica de tal forma forte que impede que a reacção jurisdiccional consiga, por mais esforços que faça, acompanhar tal ritmo no sentido da protecção dos particulares que participam em tais procedimentos.

E se é certo que os mecanismos previstos na Directiva parecem eficazes no sentido da protecção do interesse subjectivo dos autores processuais, não é menos verdade que a sua transposição, de ímpeto desaceleratório, pode impedir as entidades adjudicantes de actuarem com eficácia no mundo da economia globalizada.

Temo que este conflito de velocidades seja insanável no contexto do Estado Social, uma vez que este modelo de Estado continuará a exigir conformações legais que permitam uma actuação célere rumo à satisfação das necessidades que estão confiadas às entidades adjudicantes, ao passo que os sistemas contenciosos tenderão a insistir na moderação do ritmo acelerado dos procedimentos.

□