

## A DIRECTIVA (RECURSOS) N.º 2007/66/CE: O REFORÇO DA EFECTIVIDADE DO CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL — *WHAT ELSE?*

ISABEL CELESTE M. FONSECA (\*)

**SUMÁRIO:** 0 — Introdução. I — Propósitos iniciais da disciplina europeia em matéria de garantias no domínio da contratação pública. II — Propósitos mais recentes do direito europeu: alargamento ou intensificação?

### 0 — INTRODUÇÃO

Se ainda não se tinha reparado que o direito processual administrativo europeu acolhe no seu seio a categoria da tutela jurisdicional de urgência, a Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro (= Directiva), veio tornar patente essa figura processual. Na realidade, esta estirpe de tutela jurisdicional é própria de um contencioso pós-moderno e é fruto de um fenómeno jurídico de *europização* do domínio jurídico público, sendo certo que a intensidade deste fenómeno de *comunitarização* e convergência jurídica é claramente significativa no domínio da contratação pública, incluindo o regime relativo ao seu contencioso.

E, de facto, a Directiva que veio alterar as anteriores *directivas recursos* (= DiRec's) <sup>(1)</sup>, procurando melhorar a eficácia dos mecanismos pre-

---

(\*) Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

(1) Falamos da Directiva n.º 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, e da Directiva n.º 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro, que é relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

vistos nos Estados-membros em matéria de adjudicação de contratos públicos, significa exactamente isso, em primeiro lugar. Ela evidencia o ritmo crescente da *europização* do direito administrativo e do direito processual administrativo e reforça a existência da categoria processual de protecção jurisdicional de urgência (I).

Contudo, forçoso é reconhecer que a Directiva vai ainda mais longe no seu desiderato, traduzindo uma intensificação da incidência europeia na disciplina jurídica substantiva nacional da contratação pública. É certo que este sector jurídico já é, por si mesmo, um daqueles que mais tem sofrido a influência do direito europeu de fonte legislativa e jurisprudencial — *a tal europização*. E, na realidade, quando falamos de *europização* do direito em geral, referimo-nos, em primeiro lugar, às fontes jurídicas europeias — sendo certo que, logo, aqui, se verifica a tendência de alargamento e intensificação na criação da disciplina jurídica europeia em matéria de contratação pública <sup>(2)</sup> — e referimo-nos, em segundo lugar, ao fenómeno de convergência de ordenamentos jurídicos dos Estados-membros.

Pois bem, a alteração às DiRec's, em 11 de Dezembro de 2007, vem no mesmo sentido, traduzindo a lógica de aprofundamento do regime jurídico processual e substantivo em matéria de contratação pública. Assim, não se limitando a fortalecer a eficácia e o efeito útil dos mecanismos de protecção relativamente aos procedimentos adjudicatórios de contratos públicos — concretizando o direito de acesso à tutela jurisdicional efectiva neste domínio — vai ao ponto de, como nunca antes, fixar orientações mais precisas para o regime jurídico que versa sobre a execução dos contratos públicos. Enfim, não é, pois, por proceder apenas à melhoria da eficácia dos recursos em matéria de adjudicação de contratos públicos <sup>(3)</sup> que a Directiva merece aqui especial atenção (II).

## I — PROPÓSITOS INICIAIS DA DISCIPLINA EUROPEIA EM MATÉRIA DE GARANTIAS NO DOMÍNIO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

É certo que a Directiva tem como propósito principal acentuar as linhas de força já traçadas nas anteriores DiRec's, quanto ao tipo de pro-

---

<sup>(2)</sup> Sobre o tema, vd. o nosso *Direito da contratação pública. Uma introdução em dez aulas*, Almedina, Coimbra, 2009.

<sup>(3)</sup> Directiva publicada no JO/L/335, de 20.12.2007, p. 31.

tecção que os Estados-membros devem oferecer no domínio da formação dos contratos públicos, revigorando, portanto, o direito à tutela jurisdiccional efectiva dos interessados em contratar com as entidades adjudicantes e reforçando a aplicabilidade e a eficácia do direito europeu da contratação pública, *maxime* os princípios da igualdade de tratamento, não discriminação e transparência (que derivam das liberdades comunitárias fundamentais). E, assim, fica mais claro que o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, segundo a conformação europeia, integra não só a dimensão garantística à adopção de providências cautelares mas também a dimensão garantística à emissão urgente de sentença que verse sobre a impugnação de decisões ou documentos regulamentares relativos aos procedimentos adjudicatórios.

Aliás, pode mesmo dizer-se que esta directiva de 2007, procurando respeitar os direitos fundamentais dos interessados em contratar com as entidades adjudicantes e os princípios europeus aplicáveis à contratação pública, visa precisamente assegurar o pleno respeito pelo direito a um recurso efectivo e equitativo, em conformidade com o primeiro e segundo parágrafos do artigo 47.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, e a plena aplicabilidade da disciplina substantiva europeia em matéria de contratação pública (4), acolhendo também as orientações do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (= TJ).

De facto, constatado que alguns sistemas nacionais ainda contêm deficiências que devem ser esbatidas ou, de todo em todo, anuladas, o legislador europeu pretendeu especialmente tratar aquela que já foi detectada amiúde pelo TJ e que respeita à ausência de figuras jurídicas que, devendo ser acolhidas no ordenamento jurídico substantivo ou no sistema processual, permitam salvaguardar a existência de um período de tempo de pausa (ou *standstill*) entre o momento da decisão de adjudicação e o da celebração do contrato em causa, *id est*: um período de tempo durante o qual a celebração do contrato em questão não possa ocorrer (ou um período de tempo

---

(4) Assim, as directivas recursos dizem respeito ao recurso em matéria de contratos celebrados pelas entidades adjudicantes, a que se referem o n.º 9 do artigo 1.º da Directiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (relativa 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 o artigo 2.º da Directiva n.º 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (relativa à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais).

de espera para a outorga do contrato), durante o qual se deve permitir aos concorrentes em procedimentos adjudicatórios lançar mão de garantias — que só podem ser tidas como eficazes verificando-se tal pressuposto.

Naturalmente, como verificou o TJ — e como se reconheceu em França, primeiro o juiz do *référé précontractuel* e depois o legislador de 2000 — da ausência desse «período de standstill» foi resultando um comportamento típico por parte da entidade adjudicante que se foi traduzindo «na corrida à assinatura do contrato» — uma vez que, pretendendo tornar irreversíveis as consequências da decisão de adjudicação posta em crise pelos interessados, a entidade foi adoptando uma atitude pouco séria, de antecipação da celebração do contrato, sendo certo que, em última instância, tal comportamento foi desembocando na produção das situações de facto consumado — que é tudo aquilo que o legislador europeu sempre procurou evitar que acontecesse (1).

Pois bem, porque o direito de acesso à tutela jurisdicional efectiva integra a garantia à tutela de urgência, entendeu o legislador europeu que ainda haveria necessidade de os Estados procederem ao reforço e ao aperfeiçoamento dos mecanismos que os mesmos vieram criar por força da transposição das DiRec.'s, esclarecendo, assim, que, para além das providências cautelares, os Estados-membros devem integrar algo mais, nos seus sistemas jurídicos. Aliás, como o próprio TJ já afirmou, os mecanismos de recurso existentes ainda não oferecem o pleno respeito pelo direito comunitário, em especial numa fase em que as violações constatadas podem ser corrigidas, sendo certo que dessa incompletude tem resultado o enfraquecimento das garantias de transparência e de não discriminação e os propósitos de modernização e simplificação traçados pelas Directivas substantivas de 2004 (a Directiva n.º 2004/18/CE (de 31 de Março) (5) e a Directiva n.º 2004/17/CE (de 31 de Março) (6)).

Enfim, esta é a altura para, entre nós, se avaliar da eficácia dos mecanismos processuais existentes no regime processual administrativo e das alterações que são acolhidas no projecto de reforma do CPTA, tanto mais que agora novas fasquias de protecção em matéria de garantias a instituir no domínio da contratação pública são colocadas a nível

---

(5) A Directiva foi publicada no JO/L/134, de 30.04.2004, p. 114, e actualmente contém a redacção que lhe foi dada pela Directiva n.º 2006/97/CE.

(6) A Directiva foi publicada no JO/L/134, de 30.04.2004, p. 1, e contém a redacção que lhe foi dada pela Directiva n.º 2006/97/CE.

Europeu (7). Na realidade, num momento em que se discute da difícil articulação entre a aplicação dos artigos 132.º, 128.º e 131.º, a propósito do decretamento de providências cautelares no quadro dos procedimentos adjudicatórios, importa saber se, à luz da Directiva de 2007, é necessário acolher neste sector estes dois últimos procedimentos ou se é preciso criar procedimentos novos, incluindo algum que tenha efeito suspensivo. Aliás, a este propósito, importa questionar se, por força das novas exigências fixadas pela Directiva de 2007, o procedimento cautelar relativo à suspensão da eficácia dos actos administrativos, incluindo o especial regime que resulta do n.º 1 do artigo 128.º, já deve passar a ser aplicado ou se a modalidade de decretamento provisório de uma providência cautelar satis-

---

(7) Sobre este tema, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 93 ss., 273 ss. e 336 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA/C. CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos*, 2.ª ed., Coimbra, 2007, anotação aos artigos 37.º; 100.º e 132.º CPTA; BERNARDO DINIZ DE AYALA, «A tutela contenciosa dos particulares em procedimentos de formação de contratos da Administração Pública», CJA, n.º 14, pp. 22 ss.; CARLOS CADILHA, «Contratos públicos: do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, à reforma do contencioso administrativo. Uma análise da jurisprudência», SI, 2002, n.º 292, pp. 51 a 62; M. ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos Anotado*, Almedina, 2004; MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Algumas questões de contencioso dos contratos da Administração Pública», AAFDL, 1996; IDEM, *Direito europeu dos contratos públicos*, Coimbra, 2006, pp. 389 ss.; ISABEL CELESTE M. FONSECA, «A justiça Administrativa dos contratos da Administração. Da (ainda) Ária de Inútil Precaução», SI, 2001, n.º 290, pp. 83 a 97; IDEM, *Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no processo administrativo*, Coimbra, 2002, pp. 318 a 343; IDEM, *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo*, Lex Edições, Lisboa, 2004, esp. pp. 61 ss.; IDEM, «O contencioso dos contratos da Administração Pública: notas sobre um domínio do contencioso administrativo de feição muito urgente», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006 (tb. publicado in: RMP, n.º 108, 2006, pp. 151 a 196); PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo*, Coimbra, 2003, pp. 147 ss.; IDEM, «Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente», CJA, n.º 62, 2007, pp. 3 ss.; ALEXANDRA LEITÃO, *Protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*, Coimbra, 2002; ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar no contencioso administrativo. Em especial, nos procedimentos de formação dos contratos*, Coimbra, 2005, pp. 93 ss. e 279 ss.; VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, Coimbra, 2005, pp. 401 ss.; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa (lições)*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 105 ss., 181 ss., 243 ss., 325 ss. e 352 ss.; CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra, 2007, pp. 180 ss.; IDEM, «A prevenção do “facto consumado” nos procedimentos de contratação pública — uma perspectiva de direito comunitário», CJA, n.º 68, 2008, pp. 26 ss.

faz as novas obrigações decorrentes das directivas, combinando (também) melhor com a lógica subjacente ao CPTA, *maxime* às normas que disciplinam o decretamento de providências cautelares na justiça administrativa (2.).

1. Esta preocupação em face das violações típicas ocorridas durante a fase de formação dos contratos públicos (8) e a intenção de dotar de efectividade os recursos a instituir nos sistemas nacionais, incluindo especialmente a necessidade de tais recursos acolherem traços de prioridade e celeridade, vêm sublinhadas desde sempre nos considerandos das DiRec's. Assim, num primeiro momento, pressupondo a ausência de mecanismos que assegurassem a aplicação efectiva das directivas substantivas e das disposições comunitárias, tanto a nível nacional como comunitário, e suspeitando que no Estado da entidade adjudicante haveria insuficiência de garantias ou ausência de meios de recurso eficazes perante as violações dos preceitos comunitários (9) — o que é sempre razão suficiente para desencorajar os operadores económicos a manifestar o seu interesse em contratar com essa entidade —, a Directiva n.º 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, e a Directiva n.º 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro, procuraram obstar exactamente a tal situação de desencoraja-

---

(8) De facto, havia a necessidade de combater as infracções ao direito comunitário, sendo certo que a Comissão apontava como infracções comuns a falta de publicação, o fracionamento abusivo de um contrato para defraudar os valores fixados nas directivas e assim se subtrair à aplicação do regime comunitário, o recurso abusivo ao ajuste directo e a invocação injustificada de situações de urgência afim de reduzir o prazo de apresentação de propostas, a introdução nos documentos do concurso que fixam as condições de adjudicação de cláusulas administrativas, financeiras ou económicas incompatíveis com a disciplina comunitária, a exclusão ilegal de concorrentes originários de Estados-membros diferentes do da entidade adjudicante.

(9) A uniformização em matéria de garantias constituía uma necessidade emergente também por causa da heterogeneidade de que sofriam os diversos sistemas dos Estados-membros em matéria de garantias processuais, dos quais resultava não só a violação do direito comunitário como a impossibilidade de aplicação eficaz e uniforme. Assim, se em alguns sistemas era possível impugnar o acto de adjudicação e o próprio contrato, em outros tal não seria, de modo algum, possível. Se em alguns era possível obter uma indemnização por danos sofridos pelos proponentes, em outros este tipo de indemnização estaria, de todo em todo, fora do seu alcance. Enfim, reconhecia-se que a violação do direito comunitário surgia frequentemente durante a fase de preparação e de adjudicação, e, especialmente, antes da celebração do contrato, e assumia normalmente vícios formais, decorrentes, por exemplo, da falta de publicação do anúncio do concurso no JOUE — um vício que demonstrava ser suficiente para afectar a livre concorrência e afastar a vinda a concurso de outros operadores económicos.

mento dos operadores económicos, visando «proteger os proponentes contra o arbítrio das decisões das entidades adjudicantes» — como afirmou o TJ.

E, desta feita, tendo subjacente a lógica de que para assegurar a concorrência comunitária seria essencial prever garantias de transparência e de não discriminação, sendo necessário, para o efeito, potenciar a existência de meios de recurso eficazes e rápidos, em caso de violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou no caso de violação das normas nacionais que transpõem esse direito, as directivas recursos vieram prever a necessidade de instituir tanto mecanismos de tutela provisória como mecanismos céleres de tutela definitiva, *id est*, «recursos tão eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível», sendo certo que, logo, desde o início, para além da garantia à indemnização, tais directivas apontavam para a previsão de meios processuais urgentes e não apenas para a previsão de processos cautelares <sup>(10)</sup> — aspecto que

---

<sup>(10)</sup> Também em Itália, da transposição das *directivas recursos* resultou a criação de figuras processuais de urgência, que não se resumem à estirpe cautelar. Antes pelo contrário. Importa dizer, aliás, que no que concerne ao contencioso relativo aos procedimentos adjudicatórios de contratos de empreitada, fornecimento e aquisição de serviços, a lei processual administrativa passou a consagrar, depois da reforma de 2000, uma modalidade processual especial, no âmbito da qual também é possível decretar medidas cautelares. É um processo urgente de cognição plena acelerada, que potencia andamentos processuais distintos para a obtenção de uma decisão de mérito, sendo certo que tal tramitação é gerida tanto em função da necessidade de o tribunal decretar uma providência cautelar, mormente por estar em causa uma «situação de extrema gravidade e urgência» e existir «uma razoável probabilidade de êxito do recurso», como em função de ser possível decidir o mérito da causa, logo no âmbito do processo cautelar, com sentença abreviada, por se considerar evidente a ilegalidade do acto impugnado e por subsistir a ameaça de um prejuízo grave e irreparável, sendo que estes dois requisitos funcionam como pressupostos de admissibilidade do próprio processo urgente. Neste caso, verificando-se a completude do contraditório, o tribunal abstém-se de decretar a providência cautelar e fixa o julgamento do recurso para a primeira audiência que tenha lugar no prazo de trinta dias. Claro que, nas situações de extrema urgência e gravidade, o juiz pode dar tratamento prioritário ao mérito da causa e decretar a providência cautelar interina. Ora, neste contexto, cumpre, pois, reconhecer que, salvo nesta situação referenciada em último lugar, é possível que o rito especial previsto no artigo 23.º-*bis* da LTAR não desemboque amiúde no decretamento de providências cautelares, uma vez que o tribunal tenderá a preferir a tramitação que conduz à consideração deste processo como urgente e que permite fixar com urgência a audiência de julgamento. Nestas situações, a configurar-se a possibilidade de produção de danos graves e irreparáveis e sendo evidente a ilegalidade do acto, entende-se que será mais conforme ao princípio fundamental da efectividade da tutela judicial, consagrado na Constituição italiana e no direito processual administrativo europeu, mormente ao direito europeu da urgência corporizado nas *directivas recursos*, que se proceda à emissão de providência cautelares,

nem sempre saiu evidenciado, mas que ficou muito mais claro, agora, depois da reforma de 2007.

Assim, porque a intenção primeira seria garantir a correcção das violações em momento em que as mesmas pudessem ser corrigidas e porque os processos adjudicatórios dos contratos públicos são normalmente de duração breve, as *directivas recursos* vieram reconhecer, desde sempre, a necessidade de os Estados acolherem tanto mecanismos de natureza provisória, que deveriam ser aptos a «suspender um processo dessa natureza ou a execução de decisões eventualmente tomadas pela entidade adjudicante», como de mecanismos que procedessem a um «tratamento urgente das violações acima mencionadas». Assim, para além da preocupação de tratar provisoriamente as questões suscitadas, subjacente às Directivas n.º 89/665/CEE e n.º 92/13/CEE do Conselho, havia uma outra, que se prendia com a existência de «procedimentos apropriados» que «[permitted] a anulação das decisões ilegais e a indemnização das pessoas lesadas por uma violação». Por conseguinte, são, pois, preocupações de ordem preventiva e com vista a assegurar a tutela jurisdiccional efectiva neste domínio do contencioso da contratação pública.

De resto, temos para nós que este intento esteve sempre na actuação do legislador comunitário, sendo suficiente sublinhar as disposições sobre aquele que deveria ser o momento certo para a invocação de garantias. O propósito das *directivas recursos* seria pois garantir uma aplicação efectiva das directivas comunitárias, impondo a previsão de garantias que pudessem actuar «numa fase em que as violações [fossem susceptíveis de] ainda ser corrigidas». Ou, por outras palavras, pretendia-se que as garantias actuassem antes de o contrato ser celebrado, sendo certo que foi sempre reconhecido que tais directivas não visavam disciplinar as relações que se pudessem estabelecer depois de o contrato ser celebrado. E prova disso era o disposto no n.º 5 do artigo 2.º, onde se dispunha que os Estados-membros poderiam prever que, sempre que fossem reclamadas indemnizações com base em que uma decisão teria sido tomada ilegalmente, a decisão contestada devesse primeiro ser anulada por uma ins-

---

de modo a obstar à execução das decisões proferidas pelas entidades adjudicantes. Ainda assim, também não é de menosprezar a possibilidade do julgamento antecipado e imediato, por via de sentença abreviada. Sobre este tema, vd. M. LIPARI, «I riti abbreviati : l'ambito della disciplina e il concreto funzionamento del giudizio accelerato», in: *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. CARINGELLA/M. PROTTO, Milano, 2002, pp. 804 ss.



tância que tivesse a competência necessária para o efeito. E o n.º 6 do artigo 2.º preceituava que «os efeitos do exercício dos poderes referidos no n.º 1 sobre o contrato celebrado na sequência da atribuição de um contrato de direito público [seriam] determinados pelo direito nacional». E, para além disso, cumpre sublinhar que «excepto se a decisão [tivesse] de ser anulada antes da concessão de indemnizações, os Estados-membros [poderiam] prever que, após a celebração do contrato na sequência de um contrato de direito público, os poderes da instância de recurso responsável se [limitasse] à concessão de indemnizações a qualquer pessoa que [tivesse] sido lesada por uma violação».

Assim, como se percebe, antes da alteração de 2007, a *directiva recursos para os sectores clássicos* apontava várias soluções no seu artigo 2.º para alcançar esse desiderato preventivo. E uma das apresentadas na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 2.º recomendava a criação de processos (urgentes) cautelares, segundo a terminologia latina — ou processos (urgentes) que desembocam em decisões de natureza provisória, de acordo com a lógica francesa e alemã —, uma vez que a directiva impunha a existência de mecanismos capazes de dotar de efectividade o sistema de garantias a proporcionar pelo Estado-membro, sendo certo que estes mecanismos deveriam permitir obter, através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que fossem 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. Além disso, a primeira fonte jurídica europeia em matéria de recursos impunha na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 2.º a necessidade de existir um recurso que, sendo descrito no preâmbulo da Directiva como «recurso eficaz e, sobretudo, [um recurso] tão rápido quanto possível» e aplicando-se tal terminologia na situação em concreto *ex vi* do n.º 1 do artigo 2.º, deveria permitir «anular ou fazer anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constassem dos documentos do concurso, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o processo de adjudicação do contrato em causa. Finalmente, o Estado-membro deveria velar para que houvesse um mecanismo que permitisse conceder indemnizações às entidades lesadas por uma violação.

Importa também reter que, a par destas preocupações, as directivas apontavam no sentido de que os processos de recurso não produzissem, por si só, efeito suspensivo automático sobre os processos de adjudicação de

contratos, procurando evitar a paralisação imediata dos procedimentos concursais em causa. Escusado será lembrar que tal efeito é sempre susceptível de desencadear um sem número de inconvenientes, entre os quais se inclui o prejuízo de ordem financeira para as entidades adjudicantes (e em última análise para o erário público), danos para os serviços públicos e seus utentes, e para o adjudicatário ou demais interessados em contratar com a entidade adjudicante. E destas directivas sempre emergiu uma preocupação de assegurar o (que pode classificar-se globalmente como) interesse público nacional. Aliás, este interesse estava patente no n.º 4 do artigo 2.º, onde se dispunha que os Estados-membros poderiam prever que, sempre que a instância responsável se debruçasse sobre a necessidade de tomar medidas provisórias, lhe fosse possível tomar em consideração as prováveis consequências de tais medidas para todos os interesses susceptíveis de serem lesados, bem como o interesse público, e decidir não conceder essas medidas sempre que as consequências negativas emergentes das mesmas pudessem superar as vantagens.

2. Como das Directivas n.º 89/665/CEE do Conselho (de 21 de Dezembro de 1989) <sup>(11)</sup> e n.º 92/13/CEE do Conselho (de 25 de Fevereiro) <sup>(12)</sup>, resultou para os Estados a obrigação de, nos respectivos sistemas processuais, assegurarem a existência de mecanismos ou vias de recurso eficazes e céleres de que os interessados deveriam socorrer-se com vista a obter a protecção em face das decisões tomadas pelas entidades adjudicantes durante a fase de preparação e formação dos contratos públicos, entre nós, foi criado um processo urgente de impugnação de decisões administrativas destacáveis do procedimento de formação de três contratos públicos e um processo com vista a obter providências cautelares, através do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio.

Aliás, o reforço da efectividade destes recursos em matéria de contratação pública e a preocupação em assegurar que nenhum contrato público fosse celebrado enquanto pudesse pairar a suspeita de ter ocorrido uma violação do direito comunitário durante a fase de formação desse contrato, fez introduzir melhorias nestes mecanismos, em 2002/2003,

---

<sup>(11)</sup> Directiva publicada no JO/L/395, de 30.12.1989, p. 33. Directiva alterada pela Directiva n.º 92/50/CEE (JO/L/209, de 24.07.1992, p. 1).

<sup>(12)</sup> Directiva publicada no JO/L/76, de 23.03.1992, p. 14. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva n.º 2006/97/CE (alterada pela Directiva n.º 92/50/CEE (JO/L/363, de 20.12.2006, p. 107).

quando da reforma da disciplina processual administrativa, assim fazendo nascer a categoria da tutela jurisdicional de urgência, neste domínio do contencioso. E hoje parece claro que os mecanismos urgentes a acionar no contencioso pré-contratual fazem parte dessa mesma estirpe processual.

Assim, tais mecanismos assumem a configuração de um processo especial de tramitação urgente, cujo âmbito abrange pretensões impugnatórias referentes a actos e decisões normativas relativas ao procedimento de formação de quatro contratos públicos (o contrato de empreitada e concessão de obras públicas, o contrato de prestação de serviços e o de fornecimento de bens) e um processo urgente cautelar, acolhidos respectivamente nos artigos 100.º e 132.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (= CPTA).

É certo que a aplicação destes meios processuais ainda não alcançou a certeza que seria desejável. Aliás, para além de outras dúvidas suscitadas a propósito do contencioso pré-contratual, há algumas que se destacam, de entre as quais estão aquelas relativas: *i*) à natureza imperativa e exclusiva do contencioso pré-contratual urgente e à articulação entre os mecanismos processuais especiais previstos nos artigos 100.º e 132.º e os demais mecanismos ordinários consagrados no CPTA; *ii*) ao prazo para impugnação de actos nulos, relativos aos procedimentos de formação destes contratos; *iii*) aos meios de prova possíveis em tais processos; e *iv*) aos procedimentos cautelares aplicáveis neste domínio do contencioso pré-contratual. E é um facto que o contencioso pré-contratual tem suscitado algumas dificuldades e tem dado origem a algumas cissões na doutrina e na jurisprudência. Assim, por exemplo, a natureza imperativa e exclusiva do contencioso pré-contratual urgente e a articulação entre os mecanismos processuais especiais previstos nos artigos 100.º e os demais mecanismos ordinários consagrados no CPTA tem suscitado alguma incerteza. O mesmo se diga em relação ao prazo para impugnação de actos nulos relativos aos procedimentos de formação destes contratos. E também a questão do rol de meios de prova possíveis de utilização nestes processos tem dado azo a variações na jurisprudência. Finalmente a questão dos procedimentos cautelares aplicáveis neste domínio é de todas aquela que parece mais longe de resolver, já que para ela o projecto que contém alterações ao CPTA só contém uma alteração vaga.

Muitos são os exemplos que aqui poderiam ser dados de processos cujo objecto tem acolhido *pretensões-de-urgência* relativas à formação de con-

tratos públicos (13). E, na realidade, muitas têm sido as variações da jurisprudência no que respeita à interpretação e à aplicação da respectiva disciplina constante do CPTA (14). E, para além do problema do âmbito da jurisdição administrativa (15), várias têm sido as dúvidas existentes em torno da aplicação do regime que versa sobre tal contencioso urgente pré-contratual, incluindo o cautelar (16). A solução dualista de contencioso pré-

---

(13) A propósito do regime do contencioso pré-contratual, vd. o nosso «O contencioso dos contratos da Administração Pública: notas sobre um domínio do contencioso administrativo de feição muito urgente», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006 (tb. publicado in: RMP, n.º 108, 2006, pp. 151 a 196).

(14) Sobre as várias questões que se colocam em torno da aplicação da disciplina do contencioso pré-contratual e sobre a forma como os tribunais administrativos as têm vindo a resolver, vd. PEDRO GONÇALVES, «Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente», CJA, n.º 62, 2007, pp. 3 ss.

(15) Também a questão do âmbito da jurisdição administrativa nem sempre tem obtido uma resposta unânime. Na verdade, a dúvida parte sobretudo da aplicação do regime substantivo anterior. Assim, perante a incerteza de um concorrente preterido num concurso público para a «Prestação de serviços de recolha de resíduos sólidos urbanos indiferenciados, lavagem, desinfeção, desengorduramento e desodorização de contentores – Zona 1 (Freguesias de Cascais, Estoril e Alcabideche), desencadeado pela Empresa de Ambiente de Cascais, EM, e que veio a ser adjudicado ao agrupamento de concorrentes GSC-TRIU, quanto à jurisdição competente para conhecer da ilegalidade do acto de adjudicação do serviço, o TCA-S (Acórdão de 14.06.2007) veio afirmar que esta só poderia ser a dos tribunais administrativos (Acórdão de 14.06.2007), pois, entre outros aspectos, o âmbito da competência dos tribunais administrativos abrange as entidades privadas que pratiquem actos enquanto entidades adjudicantes. E quanto a esta questão, o TCA considerou que, tendo tal empresa municipal submetido o respectivo procedimento ao regime constante do Decreto-Lei n.º 197/99, de 08.06, fácil seria reconhecer a competência da jurisdição administrativa para decidir sobre tal assunto, tanto mais que, entre estas duas entidades havia sido celebrado um contrato programa para gestão dos serviços públicos de recolha de resíduos, naquele concelho. Não hesitando quanto a essa solução, vd. Acórdão do TCA-N de 29.03.2007 (processo n.º 79/05.9BEMDL), a propósito da impugnação urgente da deliberação de adjudicação da prestação de serviços de recolha, transporte e limpeza de resíduos urbanos, do concelho de Vila Real, emitida pelo Conselho da Administração da EMARVR – Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Vila Real, EM.

(16) Por exemplo, justificando com o carácter sumário e de urgência do processo, o TCA-S indeferiu o incidente de intervenção de terceiros em hipóteses de litisconsórcio voluntário (Acórdão de 12.04.2007, processo n.º 2344/07). Assim aconteceu no processo cautelar de suspensão da eficácia da deliberação da Comunidade Urbana da Lezíria do Tejo, relativa ao *concurso público internacional para selecção de empresa/parceiro privado para participar na constituição de uma empresa intermunicipal de capitais maioritariamente públicos para gestão e exploração dos sistemas de abastecimento de água para consumo público e saneamento dos municípios da Lezíria do Tejo*.

-contratual e a natureza imperativa do urgente parece, contudo, ser hoje pacífica, já a questão do prazo para impugnação de actos nulos tem obtido uma resposta menos uniforme (17). Há, contudo, outros problemas cuja solução é mais premente (18), sendo certo que não invocamos agora as dificuldades relativas à prova, em sede dos processos urgentes, nem à estru-

---

(17) Aliás, só por erro na escolha da forma de processo, certos operadores económicos não lançaram mão da Acção Administrativa Especial Urgente, prevista no artigo 100.º do CPTA, quando pretendiam atacar a adjudicação da prestação de serviços de transporte escolar das Escolas EB 1/2 de Vila Praia de Âncora e o acto de admissão de um candidato ao concurso. Como esclareceu o TCA-N, por Acórdão de 01.02.2007 (processo n.º 81/04.8BEBRG), essa deveria ter sido a acção proposta, uma vez que, tratando-se da impugnação de actos referentes ao procedimento de formação de um contrato público de prestação de serviços, disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 08.06, a natureza imperativa e exclusiva de tal meio processual assim o impunha, sendo que, no caso em concreto, o TCA-N também esclareceu que, para efeito de prazo de utilização do meio processual urgente, pouco revelaria o desvalor jurídico do acto a impugnar, valendo o prazo de um mês, tanto para actos nulos como para actos anuláveis. Ainda que a solução não seja pacífica, nem na doutrina, nem na jurisprudência, vd. no mesmo sentido, Acórdão do STA de 12.12.2006, processo n.º 528/06.

(18) É exactamente por isso que entendemos que a proposta de alteração do âmbito objectivo de aplicação do artigo 100.º do CPTA não será necessária nem aconselhável, uma vez que esta ao prever tanto o alargamento deste contencioso pré-contratual a todos os diferendos pré-contratuais, independentemente de tais diferendos serem relativos aos quatro contratos públicos, como ao permitir que as impugnações fundadas em nulidade não estejam sujeitas a prazo, retirará eficácia ao mecanismo processual. Como se disse, a lei processual administrativa consagra actualmente uma Acção Administrativa Especial Urgente Contratual (AAEUC), prevista no artigo 100.º, a contrario do artigo 46.º, n.º 3, que, de acordo com o entendimento maioritário da doutrina, é uma acção imperativa (e exclusiva) por determinação legal, que acode a uma especial situação de carência de tutela que se entendeu tutelar prioritariamente, sendo certo que esta situação desenha-se como urgente porque é premente proceder à correcção de ilegalidades procedimentais respeitante a um contrato público, cuja celebração está iminente, pelo que a urgência se consubstancia na necessidade de o tribunal decidir, em processo rápido, sobre a ilegalidade alegada antes mesmo de o facto estar consumado, obstando à celebração de um contrato público que padecerá de uma invalidade. E, como se apontou, o objecto deste processo abrange pretensões impugnatórias relativas à prática de actos administrativos e à prática de *normas regulamentares*, relativas ao procedimento de formação de um contrato de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, a celebrar tanto nos sectores gerais como nos especiais, sendo certo também que tal contencioso abrange os actos praticados por sujeitos privados no âmbito de procedimentos pré-contratuais de direito público. Por isso, não faz, pois, sentido que se alargue o âmbito deste processo a todos os demais contratos a celebrar pela entidades adjudicantes, como é propósito do legislador. E assim é por duas razões: a primeira: porque onde tudo é urgente nada é urgente e a segunda: porque num sistema que integre medidas cautelares adequadas, todos os interesses privados e públicos poderão ficar assegurados provisoriamente, dispensando-se o tratamento urgente da questão de fundo.

tura sumária do processo cautelar e à impossibilidade de modificação de tal *modus procedendi* legalmente determinado.

Estamos a falar da questão complicada que tem dividido a jurisprudência e que se prende com a interpretação do regime constante do artigo 132.º e o problema da articulação do mesmo com o regime relativo à suspensão da execução de actos administrativos, previsto no artigo 128.º, e o regime relativo ao decretamento provisório de providências cautelares, consagrado no artigo 131.º do CPTA. Vejamos dois exemplos. Assim, a propósito de um pedido de adopção de providência cautelar relativa a um procedimento pré-contratual, que nos termos do CPTA, deveria seguir a forma constante do artigo 132.º, o TCA-S, por Acórdão de 05.07.2007 (processo n.º 2692/07), revogando a sentença do TAF de Lisboa 2 e contrariando a maioria da jurisprudência, incluindo a do Supremo (Acórdão de 20.03.2007, processo n.º 1191/06), veio aplicar o regime do artigo 128.º ao pedido de suspensão da eficácia de um acto de adjudicação de um contrato, aceitando, deste modo, a paralisação automática da execução do acto até invocação, em resolução fundamentada, de interesse público na sua imediata execução. E, a propósito da propriedade do processo urgentíssimo consagrado no artigo 131.º do CPTA e da possibilidade de através dele ser decretada uma providência relativa a um procedimento pré-contratual, o TCA-S (por Acórdão de 08.03.2007, processo n.º 2202/06), deferiu os pedidos de decretamento provisório de suspensão de um procedimento concursal, tendente à adjudicação de um contrato de fornecimento de refeições em refeitórios escolares da área geográfica da DRENorte, e de intimação do requerido (DRENorte) a manter em vigor o contrato de fornecimento anterior até nova adjudicação, aceitando a adequação do mecanismo neste contencioso, apesar de rejeitar a providência por não se verificarem os pressupostos de especial urgência, uma vez que o contrato tinha já sido celebrado. Contudo, já em outra situação, o STA (por Acórdão de 20.03.2007, processo n.º 1191/06) veio excluir a aplicação do disposto no artigo 128.º (proibição de executar o acto administrativo) e do artigo 131.º (decretamento provisório de providência) às providências relativas a procedimentos de formação de contratos.

## II — PROPÓSITOS MAIS RECENTES DO DIREITO EUROPEU: ALARGAMENTO OU INTENSIFICAÇÃO?

Pois bem, com a alteração de 2007, o objectivo de os Estados garantirem efectividade na protecção dos concorrentes e da concorrência no

mercado interno saiu reforçada. E, como se apontou, detectadas as falhas dos mecanismos de recurso existentes nos Estados-membros, já diversas vezes evidenciadas pelo TJ e classificadas como susceptíveis de constituir um sério obstáculo a uma tutela jurisdicional efectiva dos proponentes, a Directiva n.º 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro, vem proceder exactamente à correcção de uma dessas carências. Trata-se da inexistência no ordenamento jurídico (substantivo ou processual) de uma disposição que assegure um período de tempo razoável aos interessados para que lancem mão eficazmente dos mecanismos de recurso, sendo certo que a disposição de que se carece deve prever um período de tempo de espera para que a entidade adjudicante possa celebrar o contrato, após a emissão da decisão de adjudicação. Trata-se de obstar à atitude que as entidades adjudicantes normalmente adoptam quando a legalidade do procedimento adjudicatório é posto em crise pelos interessados, que é de proceder à assinatura imediata do contrato, pretendendo tornar irreversíveis as consequências da decisão de adjudicação.

Na realidade, o TJ já vinha afirmando que «a directiva 89/665/CEE [impunha] aos legisladores nacionais o estabelecimento de um prazo suspensivo obrigatório entre a decisão de adjudicação e a celebração do contrato, vulgarmente designada por *cláusula standstill*. Assim, no acórdão *Comissão/Austria, de 24 de Junho de 2004*, o TJ sublinhou a necessidade de previsão da cláusula *standstill*, enquanto exigência decorrente da necessidade de garantir o efeito útil das directivas recursos, tendo afirmado que a tutela jurídica exige a previsão da possibilidade de o proponente afastado analisar, em tempo útil, a questão da validade da decisão de adjudicação, sendo certo que, no entender do TJ, a tutela adequada também pressupõe a existência de um prazo razoável entre o momento da comunicação da decisão ao proponente afastado e a celebração do contrato, de modo a que este possa lançar mão de mecanismos de defesa, incluindo o de requerer a adopção de medidas provisórias adequadas, até à celebração do contrato. A Directiva acolhe, pois, esta solução (1).

Contudo, para além deste intento, os propósitos da Directiva 2007/66/CE vão ainda mais longe, procurando introduzir directrizes no que respeita à disciplina substantiva que rege a própria execução dos contratos públicos, prenunciando a privação de efeitos dos contratos públicos a título de sanção, por em causa poder estar certo tipo de violações ao direito comunitário ou a normas jurídicas internas concretizadoras do direito comunitário. Esta é mais uma manifestação da tendência da *europaização* do direito da contratação pública (2).

1. Assim, tendo em vista a protecção dos interessados — incluindo os operadores económicos que participam em processos de adjudicação de contratos públicos e «qualquer pessoa que tenha tido interesse em obter um contrato em particular e que tenha sido ou corra o risco de ser prejudicada por uma alegada violação», nos termos do artigo 1.º, n.º 3 —, a Directiva n.º 89/665/CEE, no seu artigo 1.º, n.º 1 (com a redacção posterior a 2007), vem impor ao Estado a obrigação de colocar à sua disposição mecanismos que lhes permitam garantir que «as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, [de recursos] tão céleres quanto possível», sempre que haja fundamento de violação do direito comunitário em matéria de contratos públicos ou das regras nacionais que transpõem esse direito.

E, por isso, para além de garantir uma indemnização ao lesado, *ex vi* artigo 2.º, n.º 1, alínea *c*), da Directiva n.º 89/665/CEE, o legislador europeu continua a reconhecer a necessidade da previsão dos típicos processos cautelares (através dos quais se deve poder decretar, no mais curto prazo, mediante processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados novos danos aos interesses em causa, designadamente medidas destinadas a suspender ou a mandar suspender o processo de adjudicação do contrato público em causa ou a execução de quaisquer decisões tomadas pela entidade adjudicante, *ex vi* artigo 2.º, n.º 1, alínea *a*), da Directiva n.º 89/665/CEE (com a alteração posterior de 2007), e a previsão de processos estruturalmente adequados para obter uma decisão de mérito (de anulação de decisões ilegais ou de intimação para correcção de especificações técnicas, económicas ou financeiras, discriminatórias que constem do convite ou de qualquer outro documento relacionado com o procedimento de adjudicação do contrato em causa, *ex vi* artigo 2.º, n.º 1, alínea *b*), da Directiva n.º 89/665/CEE (com a alteração posterior de 2007).

Contudo, procedendo ao acolhimento da jurisprudência do TJ, o legislador europeu veio acolher na *Directiva recursos* a necessidade de o direito nacional prever um prazo suspensivo mínimo (*ex vi* artigo 2.º-A da Directiva n.º 89/665/CEE) <sup>(19)</sup>, durante o qual a celebração do contrato em ques-

---

(19) Sendo certo que este prazo suspensivo mínimo não será aplicável se as Directivas n.º 2004/18/CE e n.º 2004/17 não exigirem a publicação prévia de anúncio do concurso no JOUE nem se o adjudicatário do contrato for o único proponente (pressupondo-se que não existam mais interessados em obter o contrato para além do adjudicatário).



tão fique suspensa, sendo certo que, podendo ser mais curto ou dilatado conforme os tipos de comunicação utilizados no caso concreto <sup>(20)</sup>, esse prazo suspensivo mínimo imposto deverá proporcionar aos concorrentes interessados um período de tempo suficientemente razoável para estes procederem à análise da decisão de adjudicação e avaliarem da oportunidade de interpor recurso <sup>(21)</sup>.

E a ser desencadeado um mecanismo de recurso por um interessado contra a decisão de adjudicação, a Directiva impõe aos Estados-membros o dever 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, sendo certo que a suspensão não pode cessar antes do termo do prazo suspensivo a que se refere o n.º 2 do artigo 2.º-A da *directiva recursos* (com a redacção posterior a 2007). E, no caso de ser desencadeada uma garantia administrativa prévia, que deva assim ser accionada junto da entidade adjudicante previamente à utilização de recurso para uma entidade distinta daquela, o legislador europeu veio impor, por força da alteração introduzida pela Directiva de 2007, que, nestes casos, o Estado-membro assegure, ainda assim, que o concorrente disponha de um prazo mínimo razoável para interpor recurso da decisão (ou omissão) que vier a ser proferida pela entidade adjudicante, junto da entidade competente para apreciar o recurso, sendo certo que nestes casos também se prevê que os Estados-membros devam assegurar que a apresentação de tal garantia implique a suspensão (automática) imediata da possibilidade de a entidade adjudicante celebrar

---

<sup>(20)</sup> Assim, nos termos do artigo 2.º-A, n.º 2, da Directiva n.º 89/665/CEE, com a redacção resultante da alteração de 2007, a celebração de um contrato não pode ter lugar antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos, a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação do contrato tiver sido enviada aos proponentes e candidatos interessados, em caso de utilização de telecópia ou de meios electrónicos, ou, em caso de utilização de outros meios de comunicação, antes do termo de um prazo mínimo, alternativamente, de 15 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação tiver sido comunicada aos proponentes e candidatos ou de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data de recepção da decisão de adjudicação do contrato.

<sup>(21)</sup> Nos termos da Directiva, quando a decisão de adjudicação é notificada aos proponentes, deverão ser-lhes fornecidas as informações relevantes indispensáveis para poderem interpor recurso eficaz, sendo certo que entre as informações a prestar se inclui uma exposição sintética dos motivos relevantes a que aludem os artigos 41.º e 49.º das Directivas n.º 2004/18 e n.º 2004/17 e a informação relativa ao prazo de que os proponentes dispõem para interpor o recurso.

o contrato, nos termos do artigo 1.º, n.º 5, da *directiva recursos* (com a alteração introduzida em 2007). É certo que, salvo nestas duas situações, o recurso não deve ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos relativamente aos processos de adjudicação do contrato a que se refere. E, tal como antes da reforma de 2007, o decretamento das providências cautelares pode depender de uma ponderação de todos os interesses susceptíveis de serem lesados bem como do interesse público invocado, podendo ser negada a providência, caso as consequências negativas superem as vantagens. Assim é nos termos do artigo 2.º, n.ºs 3, 4 e 5, da Directiva n.º 89/665/CEE, com a alteração introduzida em 2007.

Como se percebe, a fim de assegurar que a decisão a proferir seja efectiva, o legislador europeu, para além de prever a necessidade de os Estados acolherem no seu ordenamento jurídico a cláusula *standstill*, veio determinar também que a interposição de um recurso mesmo pouco antes do termo do prazo suspensivo mínimo não deverá ter por efeito privar a instância responsável pelo recurso do tempo mínimo indispensável para agir, nomeadamente para prorrogar o prazo suspensivo relativo à celebração do contrato. Assim, deverá ser previsto um prazo suspensivo mínimo autónomo que não termine antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão sobre o pedido. Os Estados-membros podem estabelecer que esse prazo termina quando a instância de recurso tome uma decisão sobre o pedido de decretamento de medidas provisórias, nomeadamente uma nova suspensão da celebração do contrato, ou quando a instância de recurso tome uma decisão sobre o mérito da causa, especialmente sobre um pedido de anulação de uma decisão ilegal.

Enfim, para além de ditar orientações de natureza procedimental (evitando-se a perspectiva garantística, sobretudo no que concerne aos direitos à informação, fundamentação e notificação) e substantiva, como se percebe, as alterações introduzidas pela Directiva 2007 visam reforçar o direito de acesso ao processo efectivo e temporalmente justo, no domínio do contencioso dos contratos públicos. Ora, neste contexto, enquanto decorre o prazo de transposição da Directiva n.º 2007/66/CE, cumpre saber se, entre nós, o quadro legislativo substantivo e processual em matéria de contratação pública estará conforme com a Directiva ou se haverá necessidade de introduzir melhorias nesse sentido, devendo a mesma reflexão ser feita a propósito da eficácia dos mecanismos processuais, previstos no artigo 100.º e 132.º do CPTA. Ora, o Código dos Contratos Públicos (= CCP) estabelece um período de *standstill* no artigo 104.º, n.º 1, alínea a), fixando um prazo de 10 dias, contados da data da notificação da

decisão de adjudicação, pelo que o prazo de 30 dias para outorga do contrato não poderá decorrer senão depois desse período, sendo certo que o CPTA acolhe um processo urgente e um processo cautelar especial para o domínio do contencioso pré-contratual, sendo certo que nenhum deles tem efeito suspensivo em relação a decisões da entidade adjudicante, mormente do acto de adjudicação.

É certo que há quem defenda a aplicação do artigo 128.º aos processos cautelares relativos aos procedimentos pré-contratuais, entendendo que, quando o interessado requer a suspensão da eficácia de uma decisão relativa ao procedimento adjudicatório, daí decorre a proibição de a entidade adjudicante levar por diante a execução da mesma. Temos para nós que tal solução não se justifica. Antes pelo contrário, muitas são as razões que afastam a solução, visto que aquele regime traduz a disciplina de um processo cautelar especial, sendo certo que nada no direito europeu exige a produção do efeito suspensivo sobre a decisão administrativa posta em crise e o procedimento de formação do contrato. Na realidade, a suspensão automática só é exigida quando o Estado-membro vier prever as garantias administrativas necessárias. Contudo, já aceitamos bem a aplicação da disciplina constante do artigo 131.º ao contencioso pré-contratual, uma vez que, em primeiro lugar, o decretamento provisório de uma providência cautelar traduz uma modalidade do procedimento cautelar comum, podendo aplicar-se subsidiariamente a qualquer procedimento cautelar especial, e porque esta aplicação é mais conforme com a última alteração introduzida pela Directiva n.º 2007/66/CE (22).

Aliás, no sistema francês, o legislador veio obviar ao problema a que a Directiva visa dar resposta, na reforma de 2000, tendo introduzido uma melhoria significativa no que concerne aos processos de *référé précontractuel* (antes previstos nos artigos L. 22.º e L. 23.º) (23), sendo certo que, de acordo com a exposição de motivos do projecto de lei sobre as alterações a introduzir nas *procédures d'urgence* (24), se visava assegurar que

---

(22) Cfr. Acórdão do TCA-S de 08.03.2007, processo n.º 2202/06.

(23) Sobre a aplicação deste processo urgente antes da reforma de 2000, vd. C. CHANTEPY, «L'encadrement du référé précontractuel», *rfd*, 11 (6), 1995, pp. 1077 ss.

(24) Sobre a reforma, fundamentalmente, vd. O. DUGRIP, «Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives: la réforme des procédures d'urgence», *JCP* (51-52), 1999, pp. 2281 a 2283; AA VV, *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, Sous la direction de P. WACHSMANN, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Presses Universitaires de Strasbourg, n.º 5, 2002.

o juiz do *référé précontractuel* pudesse ordenar o diferimento da assinatura do contrato por um período de tempo máximo ou até ao final do processo urgente. E esta seria a forma de contrariar a atitude seguida amiúde pela entidade adjudicante de *fraude à lei*, traduzida na corrida à assinatura do contrato, com vista a subtrair ao juiz do *référé précontractuel* a apreciação da ilegalidade das decisões relativas ao procedimento adjudicatório <sup>(25)</sup>, já que este só poderia intervir enquanto não fosse celebrado o contrato. E o legislador veio introduzir uma alteração no capítulo I do título V, sobretudo no art. L. 551.1 do CodeJA (que contém o regime para o contencioso relativo aos denominados sectores gerais), e no art. L. 551-2 (que contém a disciplina relativa ao contencioso pré-contratual concernente aos sectores tradicionalmente excluídos, da energia, água transporte e telecomunicações) <sup>(26)</sup>. Em ambos os casos, o *juiz-da-urgência*, logo que é solicitado, pode decidir ordenar o diferimento da assinatura do contrato até final do processo urgente ou por um período máximo de vinte dias.

Pois bem, este tipo de providência cautelar, através da qual se pode obstar a que a entidade adjudicante proceda à celebração do contrato com o adjudicatário enquanto corre termos o processo de impugnação de deci-

---

<sup>(25)</sup> Sobre este assunto, para uma síntese, vd. F. LLORENS, «Le référé précontractuel entre continuité et changement», in: *Le nouveau juge administratif...*, cit., pp. 27 ss. E sobre este assunto em particular, vd. A decisão CE, 28.02.1997, in: rfd, 13 (2), 1997, pp. 421 ss.

<sup>(26)</sup> Cumpre dizer a propósito do *référé précontractuel* que este processo urgente em que o juiz é investido de poderes de plena jurisdição, foi introduzido em 1992 (pela lei de 4 de Janeiro) e resultou da transposição da Directiva recursos (n.º 89/665/CEE), tendo o mesmo operado uma pequena revolução no contencioso administrativo. E assim foi porque veio permitir aos interessados em contratar com a Administração a possibilidade de demandarem a entidade adjudicante junto do juiz da urgência, podendo solicitar tanto a anulação das decisões procedimentais ilegais como a sua intimação para suprimir as cláusulas ou disposições que pudessem constar dos documentos concursais com fundamento na violação do regime legal a aplicar, designadamente, por estar em causa o desrespeito pelas regras de publicidade e concorrência. Neste contexto, o juiz teria, pois, uma panóplia alargada de poderes, sendo que os mesmos passavam tanto pela suspensão do procedimento adjudicatório como pela possibilidade de dirigir injunções às entidades em causa, no sentido de estas conformarem a sua actuação com o ordenamento jurídico francês e comunitário, devendo ser possível, pois, a intimação da entidade adjudicante para a correcção de ilegalidades das disposições constantes dos documentos do concurso, bem como a intimação para reexame e reapreciação da decisão. Em 1993, com a lei de 29 de Janeiro, foi introduzido o *référé précontractuel* de modo a harmonizar o contencioso francês com a Directiva recursos para os sectores especiais, a Directiva n.º 92/13/CEE. Sobre este assunto, S. LAGUMINA/E. PHILIPPE, «Le référé précontractuel. Bilan et perspectives», AJDA, 2000, pp. 283 ss.; B. POUJADE, «Le référé précontractuel», rfd, 2002, pp. 279 ss.

sões (ou documentos normativos) referentes ao procedimento adjudicatório de contratos públicos, já tem sido solicitada e decretada, entre nós, ao abrigo do artigo 132.º, CPTA (tal como já se fazia ao abrigo do Decreto-Lei n.º 134/98). Contudo, a partir de agora, parece mais evidente que, para cumprir a Directiva, é necessário aceitar que tal tipo de providência cautelar possa ser decretada através da modalidade mais rápida de decretamento das providências cautelares, isto é, através do decretamento provisório da providência cautelar.

2. Como se mencionou nas considerações introdutórias, a tendência de alargamento e intensificação da disciplina europeia em matéria de contratação pública que tem sido seguida em geral neste domínio está bem presente nesta Directiva recursos. Aliás, a lógica de simplificação (pela uniformização) e de melhoria (pela modernização e reforço de garantias), que foi a tendência seguida nas sucessivas gerações de directivas comunitárias, é aqui sublinhada. Assim, as diferentes directivas vieram alargar ou estender o universo de contratos abrangidos (de que resultou um alargamento dos âmbitos objectivo e subjectivo de incidência) e vieram intensificar ou aprofundar na disciplina jurídica, daqui resultando também uma tendencial e progressiva codificação das regras <sup>(27)</sup>. Assim, especialmente no que res-

---

<sup>(27)</sup> No que respeita ao alargamento progressivo do universo dos contratos abrangidos, e, especificamente, no que respeita ao alargamento do âmbito objectivo, cumpre dizer duas coisas: que, primeiramente, o universo dos contratos abrangidos pela disciplina jurídica comunitária em matéria de contratação pública se resumia a fornecimentos e obras e só mais tarde este se alargou à prestação de serviços. E, ainda neste contexto, cumpre dizer que começou inicialmente restringido aos sectores clássicos e depois se estendeu aos sectores excluídos (da água, energia, transportes e telecomunicações). Mais recentemente, a área das telecomunicações deixou de ser abrangida pela directiva sectores especiais e, ao mesmo tempo, a área dos serviços postais passou a estar incluída. Depois, o alargamento objectivo também resultou do facto de as novas directivas terem maior incidência, uma vez que os limiares de aplicação das disposições comunitárias foram sendo alterados e foram sendo fixados novos limiares mínimos, reduzindo-se os montantes em causa. Assim, o âmbito da Directiva n.º 2004/18/CE foi ampliado, passando a estar sujeitos às suas regras contratos de montantes inferiores. Por outro lado, cumpre dizer que o alargamento do regime comunitário em matéria de contratação pública também aconteceu quanto ao âmbito subjectivo, uma vez que o universo subjectivo de incidência abrangia apenas, num primeiro momento, as entidades adjudicantes de natureza jurídica pública e passou mais tarde a aplicar-se à contratação realizada por outras entidades, tidas, para este efeito, como «organismos de direito público». Sobre este tema, vd. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito europeu...*, cit., pp. 37 ss.

peita à questão do aprofundamento da incidência jurídica, cumpre salientar dois aspectos: que estas normas eram inicialmente de matriz substantiva e posteriormente passaram a ser de natureza adjetiva, isto é, passaram a ter um desiderato garantístico e de protecção, tal era a deficiência (e divergência) dos mecanismos de protecção vigentes nos ordenamentos jurídicos internos e tal era a insuficiência dos regimes internos, resultante da insuficiente (ou mesmo inexistente) transposição das directivas comunitárias. Neste quadro, cumpre também salientar que inicialmente as regras são, sobretudo, normas procedimentais, isto é, normas relativas à formação dos contratos públicos, e mais recentemente as normas procuram também reger direitos e obrigações dos contraentes, incidindo, assim, sobre a execução dos contratos públicos — ainda que aqui a incidência seja muito menor. Ora, a Directiva n.º 2007/66/CE vem neste sentido, ao introduzir directrizes no que respeita à disciplina substantiva que rege a própria execução dos contratos públicos, prenunciando a privação de efeitos dos contratos públicos a título de sanção, por em causa poder estar certo tipo de violações ao direito comunitário ou a normas jurídicas internas concretizadoras do direito comunitário.

Assim, na senda do já referido em considerações preliminares, cumpre sublinhar que o legislador europeu, a fim de lutar contra a adjudicação ilegal de contratos por ajuste directo — sendo certo que de acordo com o TJ esta constitui a violação mais significativa do direito comunitário em matéria de contratos públicos — e da violação das normas referentes aos prazos suspensivos e à suspensão automática, a Directiva n.º 2007/66/CE vem determinar sanções a aplicar, entre as quais se evidencia a da privação de efeitos (nos termos do artigo 2.º-D da *directiva recursos*, com a redacção posterior a 2007). Assim, com vista a combater a adjudicação ilegal de contratos por ajuste directo e com vista a restabelecer a concorrência, a Directiva vem prever a aplicação de uma sanção efectiva, proporcional e dissuasiva. E, por isso, um contrato resultante de uma adjudicação ilegal por ajuste directo dever-se-á considerar desprovido de efeitos, sendo certo que tal sanção não será automática, devendo depender da decisão ou confirmação de uma instância de recurso independente. Assim, desprovido de efeitos, tal significa que os direitos e as obrigações das partes, tal como foram definidos no contrato, deixam de poder ser exercidos e executados, entendendo-se que a privação de efeitos constitui o meio mais eficaz de restabelecer a concorrência e de criar novas oportunidades de negócio para os operadores económicos que tenham sido ilegalmente privados da oportunidade de concorrer.

Aliás, a fim de evitar violações graves das exigências em matéria de prazo suspensivo e de suspensão automática, que constituem pré-requisitos da eficácia dos recursos, a Directiva de 2007 vem prever a aplicação de sanções efectivas, sendo certo que os contratos celebrados em violação do prazo suspensivo devem ser, em princípio, considerados desprovidos de efeitos, se conjugados com violações das Directivas de 2004, na medida em que tais violações tenham afectado as hipóteses de o proponente /impugnante obter o contrato, sendo certo que em caso da violação de outras exigências formais, os Estados-membros podem prever a aplicação de outras sanções, incluindo sanções pecuniárias ou a redução da duração do contrato, ou outras mais severas que o direito interno acolha.

Enfim, a Directiva veio, de facto, reforçar a efectividade dos mecanismos de recurso em matéria de contencioso dos contratos públicos, e por isso introduz melhorias nas *directivas recursos*, mas outros são também os seus propósitos...