

Data enia

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 2 • N.º 03 • Fevereiro 2015



Publicação gratuita em formato digital
Periodicidade semestral
ISSN 2182-8242

Ano 2 • N.º 03
Publicado em Fevereiro de 2015

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registada n.º 486523 – INPI.

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de legal research e de legal writing, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.



Adjudicar e não contratar

AS “LINHAS COM QUE SE COZE” O DIREITO À INDEMNIZAÇÃO

ANGELINA TEIXEIRA

Advogada

Mestre em Direito Administrativo (*)

SUMÁRIO: O presente texto analisa o acórdão uniformizador de jurisprudência – Ac. STA (Pleno da 1ª Secção) n.º 1/2010, de 22/10/2009 - tendo por base um concurso para adjudicação de uma empreitada de obra pública que veio a ser adjudicada a determinado concorrente, e que a essa adjudicação não se seguiu a celebração do respectivo contrato, por o concurso ter sido anulado (acórdão recorrido), ou ter sido revogada a autorização de adjudicação (acórdão fundamento). Os dois arestos decompõem a decisão sobre a extensão dos danos a que entendem limitado o direito de indemnização do adjudicatário no âmbito da responsabilidade pré-contratual: partes da mesma base, segundo o qual, o lesado tem direito a ser indemnizado (apenas) pelos danos negativos ou lesão da confiança, com exclusão, dos danos positivos (benefícios que colheriam da celebração do contrato) mas, divergem quanto à inclusão, nos danos negativos, de determinadas despesas concretas, nomeadamente as relacionadas com a aquisição do processo de concurso e com a preparação da proposta.

(*) Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto e formadora acreditada pelo IEFP.

Adjudicar e não contratar

AS “LINHAS COM QUE SE COZE” O DIREITO À INDEMNIZAÇÃO ⁽¹⁾

ANGELINA TEIXEIRA

Advogada

Mestre em Direito Administrativo

I – Introductio | II – O “BI” do Acórdão – notas preliminares | III – Do recurso para uniformização (152º CPTA) | IV – Do comentário propriamente dito ao Ac. 1/2010, de 22/10/2009 | V – O papel desta jurisprudência e as notas finais.

I – Introductio

As primeiras linhas deste trabalho dirigem-se à motivação da formanda na escolha do Acórdão do STA (Pleno da 1ª Secção) n.º 1/2010, de 22/10/2009 (Processo n.º 557/08 ⁽²⁾) na senda aliás, do estudo e aprofundamento das questões técnico-jurídicas que a temática levanta e que se tem vindo a questionar, quer no seu percurso académico, quer profissional.

Em tempos, atento ao especial interesse pelo ramo do Direito Público – Contratação Pública - tecemos um pano cujas linhas se intitularam “Diálogo

⁽¹⁾ Comentário apresentado ao Senhor Doutor Colaço Antunes e à Dra. Juliana Ferraz Coutinho, docentes na Faculdade de Direito da Universidade do Porto com vista à obtenção do certificado de Formação Contínua do III Curso de Práticas Processuais Administrativas, obtendo a classificação final de 17 valores.

⁽²⁾ Disponível em www.dgsi.pt.

Concorrencial – Monólogo ou Mito no CCP” ⁽³⁾. Foi sobretudo com o contacto de casos concretos no exercício da profissão de advocacia que nos levou a dar um passo em frente, no estudo e aprofundamento nestas matérias, que acabou por se concretizar noutro pano com o tecido intitulado “Revogação da decisão de Contratar no Código dos Contratos Públicos – sair de cena” ⁽⁴⁾. A frequência no III Curso de Práticas Processuais Administrativas revelou-se numa proficua mais-valia, quer na consolidação de conhecimentos anteriormente adquiridos, quer na novidade da aprendizagem e discussão com outros profissionais forenses nas várias sessões sempre desafiantes. Traçaremos umas (breves) linhas de um pano que iremos “cozer” com linhas de um acórdão uniformizador com relevância prática e, nessa medida, merecedor de especial tratamento.

II – O “BI” do Acórdão – notas preliminares

O acórdão em apreço vem na sequência do impulso processual encetado por parte do Município de Vila Nova de Gaia (doravante “Município”) que interpôs junto do STA ao abrigo do art.º 152º do CPTA, um pedido de admissão de recurso para uniformização de jurisprudência relativo ao Acórdão proferido no TCAN, de 7/02/2008 (já transitado em julgado) que revogou a sentença proferida pelo TAF Porto que julgou improcedente a acção administrativa comum intentada pela sociedade comercial “BEFEBAL – Sociedade de Construções, S.A”.

Trata-se de uma questão levantada no Ac. proferido pela 2ª Subsecção do STA, de 7/03/2006 (igualmente transitado em julgado) em sede de recurso onde se discute “*qual o âmbito dos danos negativos pelos quais o lesado tem direito a indemnização no caso à adjudicação de uma empreitada de obras públicas não se seguir a celebração do respectivo contrato*”.

⁽³⁾ Trabalho realizado no âmbito da Pós-Graduação em Contratação Pública Prática frequentado na Universidade Católica do Porto, publicado e disponível no sítio da Internet na página “Verbo Jurídico” em http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/angelinateixeira_dialogoconcorrencial.pdf.

⁽⁴⁾ Dissertação apresentada com vista obtenção do grau de Mestre em Direito, cujas provas públicas tiveram lugar em 11/01/2013, texto que se encontra publicado e disponível no repositório da FDUP, in <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66051/2/5060.pdf>

O Município apresentou alegações de recurso com os seguintes fundamentos:

1. O acórdão (fundamento) decidiu que, no caso de à adjudicação de uma empreitada de obras públicas não se seguir a celebração do contrato, o lesado tem direito a ser indemnizado apenas, pelos danos negativos, nestes não se incluindo aquelas despesas que forem comuns a todos os concorrentes.

2. O acórdão (recorrido), num caso idêntico, decidiu igualmente que a indemnização devida circunscreveria apenas aos danos negativos mas incluiu neste também as despesas comuns a todos os concorrentes, nomeadamente com a aquisição do processo de concurso e com a preparação da proposta.

3. Que, a questão é de grande acuidade e relevância jurídica, em virtude de em causa estar a definição da extensão do direito dos particulares de exigir a indemnização às entidades adjudicantes em sede de responsabilidade pré-contratual.

4. Deste modo, existe contradição entre a decisão do TCAN e uma decisão do STA no que respeita a uma questão essencial de direito (no âmbito da mesma legislação) o que determina a admissibilidade do presente recurso.

5. Que a melhor doutrina é a exarada no acórdão (fundamento), por corresponder a uma acertada aplicação do direito aos factos.

6. As despesas em causa teriam necessariamente que ser suportadas pela parte recorrida no caso de querer concorrer (habilitar-se) a celebrar o desejado contrato.

7. Verificando-se o vício que origina a obrigação de indemnizar (fase posterior à adjudicação, para efeitos de cálculo da indemnização só deverão relevar os danos ocorridos após o facto que originou a impossibilidade de celebração do contrato.

8. Quanto aos custos verificados antes (não é de incluir) porque se trata de custos naturais de quem se apresenta a um concurso público desprovido de qualquer garantia de vir a ser adjudicatário da obra.

9. Tais custos (por não terem sido directamente provocados pela omissão que a parte recorrida imputa ao recorrente) não deveriam ter sido considerados na indemnização fixada.

10. Assim, deverá ser uniformizada a jurisprudência nos seguintes termos: «Nos casos de à adjudicação de uma empreitada de obras públicas não se seguir a celebração do contrato, o lesado tem direito a ser indemnizado apenas pelos danos negativos (dano da confiança), o qual não abrange as despesas que foram comuns a todos os outros concorrentes preteridos».

Do outro lado, veio a Parte Recorrida contra-alegar, o que fez, nos seguintes termos:

1. *Não é possível dizer-se que, o que está em causa «contradição» entre dois arestos «sobre a mesma questão fundamental de direito», pois é insustentável tal qualificação na aplicação a cada caso de norma diferente.*

2. *Neste sentido, é doutrina e jurisprudência uniformes (ao longo dos anos) e não só no novo instituto aqui invocado (Vd. ABÍLIO NETO, Código de Processo Civil Anotado, 12ª Edição, 1995, pp. 726 e segs.).*

3. *Assim sendo, soçobra o pressuposto fundamental do recurso que, não haverá sequer necessidade de responder à pretendida matéria de fundo e, por isso, deve ser rejeitado com todas as consequências legais.*

III – Do recurso para uniformização (152º CPTA)

O art.º 152º do CPTA regula o regime em matéria de recurso com vista à uniformização de jurisprudência, sendo que, tal deve ser interposto no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado do acórdão (recorrido). Vejamos então, quais os requisitos que foram tido em consideração, quanto à sua admissibilidade:

a) *existir contradição entre o acórdão do TCA e acórdão anterior do mesmo Tribunal ou do STA; ou entre acórdãos do STA (sobre a mesma questão fundamental de direito);*

b) *ser a petição de recurso acompanhada de alegação na qual se identifiquem, de forma precisa e circunstanciada, os aspectos de identidade que determinam a contradição alegada e a infracção imputada à decisão recorrida; e*

c) *não estar a orientação perfilhada no acórdão recorrido de acordo com a jurisprudência mais recentemente consolidada do STA;*

Retira-se da leitura do n.º 2, *in fine*, a previsão de um duplo ónus de alegação: o primeiro, relativo aos aspectos de identidade que determinam a contradição e um segundo relativo à infracção imputada à decisão (recorrida) respeitantes aos dois juízos decisórios que o Tribunal terá de analisar e pronunciar-se. Assim, a final, assentará na “*existência de contradição dos julgados sobre a mesma questão fundamental de direito*” e “*se ele for positivo, sobre*

o novo julgamento da causa (judicium rescisorium)”. A jurisprudência do STA a este propósito tem entendido (à semelhança do recurso por oposição de julgados no domínio da LPTA ⁽⁵⁾) que a «contradição de julgados» supõe que as pronúncias divergentes sejam emitidas na ausência de alteração substancial da regulamentação jurídica aplicável ou recorrendo aos (mesmos) critérios jurídico-normativos.

Vejamos a questão mais de perto.

1. Da exigibilidade da identidade da «questão de direito»

Há muito que a jurisprudência nacional (Tribunais Administrativos Superiores) vem admitindo no domínio dos recursos por oposição de julgados [previstos na alínea b) do art.º 24º do ETAF] a coincidência dos pressupostos ao abrigo do art.º 152º CPTA. No acórdão em análise, a exigibilidade da identidade da situação de facto subjacente aos arestos em confronto (como alicerce da identidade da questão de direito) assenta na inexistência de oposição ou contradição entre eles. Os Senhores Conselheiros serviram-se da doutrina de BAPTISTA MACHADO (*in Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, pág. 224) para dizer que «*não é possível determinar a existência de um conflito de decisões sem uma referência bipolar, simultânea, às questões de direito e às situações da vida*», ou seja, para que ocorra oposição ou contradição de julgados é “*indispensável que haja identificado, semelhança ou igualdade substancial da situação de facto, não havendo oposição de julgados se as soluções divergentes tiverem sido determinadas, não pela diversa interpretação dada às mesmas normas jurídicas, mas pela diversidade das situações de facto sobre que recaíram*”⁽⁶⁾.

Ora, retira-se da leitura do art.º 152º do CPTA que o termo «contradição» em vez de «oposição» - não quer significar - em contraposição com o regime previsto, mas antes em sede da LPTA que se trate de uma opção por um conceito técnico ou etimológico diverso ⁽⁷⁾. No caso em apreço, a parte

⁽⁵⁾ Lei de Processo nos Tribunais Administrativos.

⁽⁶⁾ Aqui, o Acórdão do Pleno de 15/10/1999 – Rec. 42 436.

⁽⁷⁾ Com efeito, entendeu o Ac. do STA de 13/11/2007 – Rec. 121 /07 ao referir “*seria absurdo entender que o legislador restringira os recursos para uniformização de uniformização aos casos de contradição entre proposições*”

recorrente, nas alegações que apresenta, reconhece, a questão de direito sobre a qual entende existir contradição entre o acórdão (recorrido) e o acórdão (fundamento) – e, sobre a qual suscita a pronúncia da emissão de pronúncia uniformizadora: a do âmbito do direito de indemnização do lesado em sede de responsabilidade pré-contratual (*in concreto*, sobre a extensão do dano negativo ou dano da confiança no caso de, após a adjudicação ⁽⁸⁾ de uma empreitada de obra pública, não ter sido celebrado o respectivo contrato).

2. Da existência (real) da contradição

Comece-se por referir que, ambos os acórdãos transitaram em julgado – condição “*sine qua non*” para aferir da existência real da contradição e, para tal, é necessário o confronto dos dois arestos em cotejo – ou seja, saber se ambos se subsumem (ou não) à questão enunciada e, caso assim seja, se as proposições jurídicas neles emitidas repousam em situações de facto análogas e se mostram contrárias ou contraditórias entre si.

Diga-se já, que as pronúncias em causa foram decretadas com recurso aos mesmos critérios jurídico-normativos – ainda que - sobre a vigência de distintos diplomas legais que se sucederam sobre o regime das empreitadas. Para uma melhor compreensão, veja-se a disposição o n.º5 do art.º 107.º do DL n.º 405/93, de 10 de Dezembro (apreciada pelo acórdão recorrido) que manteve rigorosamente todo o teor, apenas aditando um prazo para o reembolso, a redacção do n.º 5 do art.º 103º do DL n.º 236/85, de 8 de Agosto (apreciada pelo acórdão fundamento), onde se lê “*Se o dono da obra não promover a celebração do contrato dentro do prazo estabelecido no n.º1, poderá o adjudicatário recusar-se a outorgá-lo posteriormente, e terá direito a ser reembolsado pelo dono da obra, no prazo de 66 dias, de todas as despesas e demais encargos decorrentes da prestação da caução*”.

jurídicas aos casos de contradição entre proposições jurídicas fundamentais, excluindo desses mecanismos os casos – aliás, muito mais vulgares – de contrariedade entre tais proposições. Desta forma, a nomenclatura “contradição” continua a significar o género lógico “oposição” – o qual, no plano judicativo do discurso, se decompõe em duas espécies (únicas), ou seja, as proposições são, ou reciprocamente contrárias, ou contraditórias”.

⁽⁸⁾ Segundo o art.º 73º do CCP é «o acto pelo qual o órgão competente para decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas». Trata-se de um acto administrativo cuja prática não pode ser delegada, devendo ser notificada (art.º 77º) e publicitada (art.º 78º).

Os Juízes do Pleno no seu Ac. de 5/05/2003 – Rec. 485/02 tomaram posição nesta matéria ao afirmar *«a mera sucessão de diplomas legais não traduz uma alteração da regulamentação jurídicas de determinada questão concreta, muito menos uma alteração substancial, se as respectivas disposições a ela atinentes se mantiverem, em ambos os diplomas, inalteradas ou sem alterações significativas, resultando a diversidade das soluções perfilhadas de uma diferente interpretação do respectivo regime jurídico»*.

Ainda a este propósito aquele Pleno ⁽⁹⁾ *«é irrelevante a diversidade de legislação repostada nos acórdãos em confronto se, em todo o caso, não interferir, directa ou indirectamente, na respectiva resolução»*. Poder-se-á questionar qual o critério jurídico subjacente considerado nos acórdãos em confronto. A resposta encontra-se no plasmado do art.º 227.º do Código Civil (CC) sob a epígrafe “Culpa na formação dos contratos” ⁽¹⁰⁾. Entendeu o Ac. STA n.º 1/2010, de 22/10/2009 (aqui em análise) que a identidade da situação de facto, afere-se dos textos que nos dois casos estão em causa (um concurso para adjudicação de uma empreitada de obra pública que veio a ser adjudicada a determinado concorrente, e que a essa adjudicação não se seguiu a celebração do contrato), por o concurso ter sido anulado (acórdão recorrido) ou ter sido revogada a autorização de adjudicação (acórdão fundamento).

Chegados ao cerne da questão – a não celebração do contrato de adjudicação – que ambos os acórdãos reportam a decisão sobre a extensão dos danos a que entendem limitado o direito de indemnização do adjudicatário no âmbito da responsabilidade pré-contratual, foi emitido a este propósito pronúncias contraditórias, como melhor se verá de seguida. Na realidade, ambos partem da mesma ideia ao admitirem que, tal situação, o lesado tem direito a ser indemnizado apenas pelos **danos negativos** (ou por lesão da confiança) com exclusão, pois, dos **danos positivos** (ligados ao hipotético cumprimento do contrato não celebrado, ou seja, aos benefícios que teriam decorrentes da celebração do contrato). Mas, diferem no

⁽⁹⁾ Acs. do Pleno de 17/01/2001; de 29/06/2000, de 6/07/1999; de 09/12/1998 e de 20/01/1998 proferidos, pela mesma ordem nos Recs. 46 730, 45 737, 41 226, 40 843 e 39 392.

⁽¹⁰⁾ Segundo o qual “Quem negocea com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

entendimento quanto aos danos negativos (referentes a determinadas despesas) nomeadamente as relacionadas com a aquisição do processo de concurso e com a preparação da proposta.

Aderindo aos argumentos do acórdão (recorrido) segundo o qual «a *responsabilidade civil por lesão de confiança é restrita à reparação do interesse contratual negativo, ou da confiança, isto é, do prejuízo resultante da frustração das expectativas de conclusão do negócio, estando excluída a reparação do interesse positivo, ou seja, do benefício que a conclusão do negócio traria à parte prejudicada nas suas expectativas*» ⁽¹⁾, verificamos que o «dano indemnizável» deve ter a medida da lesão sofrida com o acto ilícito e com a expectativa ou confiança que foi violada.

Ademais, refere ainda que «*apenas pode ser ressarcida dos danos resultantes dos gastos com a aquisição do processo, a elaboração da respectiva proposta (...)*» e já não os resultantes da impossibilidade de realização do contrato, ou sejam dos lucros que se esperava obter – **lucros cessantes** – acrescentando o facto de também não haver sequer alegado que haja perdido alguma oportunidade de executar outro negócio durante o período previsto para aquela empreitada.

Por seu turno, o acórdão (fundamento) dita que «o *referido artigo prevê, em sede de responsabilidade pré-contratual, o reembolso de despesas relacionadas com a adjudicação, bem como a relacionada com os encargos decorrentes da prestação de caução, não se incluindo no âmbito das primeiras aquelas que foram comuns a todos os outros concorrentes que foram preteridos*», pelo que, não restará dúvidas que as despesas “com a aquisição do processo de concurso” e com a “preparação da proposta”, acolhidas como ressarcíveis no acórdão recorrido, são dadas como não ressarcíveis no acórdão (fundamento) por serem comuns a todos os concorrentes preteridos. Nesta linha de raciocínio, significará que ao abrigo do entendimento destes dois arestos em confronto, por terem emitido pronúncias contraditórias, tem de se considerar verificado o respectivo pressuposto de admissibilidade do recurso e – foi o que aconteceu.

⁽¹⁾ Não se estranhe, que à medida que se avança no procedimento de formação do contrato público se vão gerando e consolidando expectativas que vão progressivamente justificando um grau mais exigente de protecção.

3. Da inclusão nos danos negativos das despesas com a aquisição do processo de concurso

Verificada a admissibilidade do recurso, refere ainda a jurisprudência do STA - não existir - pelo menos de forma explícita e directa a consolidação desta questão e, por isso também a razão da nossa escolha. Assim, quanto ao campo da delimitação do direito à indemnização em sede da responsabilidade pré-contratual encontrou este tribunal base jurisprudencial nos Acs. 31/05/01 – Rec. 46 919 e de 23/09/03 – Rec. 1527/02 (in www.dgsi.pt), segundo o qual ambos se pronunciaram no sentido da não indemnização do **dano positivo** (lucro esperado com o cumprimento do contrato se o mesmo tivesse sido celebrado), ponto sobre o qual ambos os arestos partilham o mesmo entendimento.

Diga-se a este respeito que, a verdade é que não encontramos na ordem jurídica portuguesa uma pronúncia esclarecedora sobre esta questão ⁽¹²⁾.

Da questão controvertida à luz 152º/6 do CPTA

Depois de apurada a existência de contradição de julgados, a questão que se seguiu no Acórdão em apreciação, foi a controvérsia quanto ao n.º 6 do art.º 152º do CPTA. Na sequência da improcedência da acção, foi interposto recurso para o TCAN que veio revogar a sentença proferida pelo TAF Porto ao julgar a acção parcialmente procedente. Dos fundamentos da decisão retira-se o raciocínio segundo o qual, depois de ter limitado o direito de indemnização do adjudicatário aos danos negativos ou de lesão da confiança, que o *“recorrente, em virtude da violação da responsabilidade pré-contratual, apenas será ressarcida dos danos provados (...), ou seja, relacionados com a aquisição do processo do concurso e com a elaboração da respectiva proposta, incluindo neste últimos as despesas tidas com o trabalho de um engenheiro ..., com o trabalho de um medidor/orçamentista (...) e despesas de cópias diversas”*, veio, apresentar neste ponto, uma contradição.

⁽¹²⁾ Para mais desenvolvimentos nesta matéria, Vd. RUI CARDONA FERREIRA, *in Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance – em especial na contratação pública*, Coimbra Editora, 2011.

Assim, o acórdão (fundamento) confinou o direito ao lesado à indemnização pelos danos negativos – despesas relacionadas com a adjudicação, bem como relacionada com os encargos decorrentes da prestação de caução, afastando terminantemente a possibilidade de ressarcibilidade de tais despesas. E, aqui, veio o STA tomar posição firme ao sufragar a posição do acórdão (recorrido) como sendo a mais correcta do ponto de vista jurídico.

Desde logo, apontando a responsabilidade pré-contratual prevista no art.º 227º do CC a imposta sustentando tal ideia com base na doutrina de ALMEIDA COSTA (*in, Obrigações, 3ª Edição, págs.228-229*) na ideia da «*colaboração activa no sentido da satisfação das expectativas alheias*». Assim, em matéria de indemnização – por regra – respeita somente ao interesse contratual negativo - isto é, aos danos resultantes de ter existido confiança na realização de um contrato válido, danos esses que o lesado teria sofrido se não tivesse confiado fundamentamente na realização desse contrato. Já BAPTISTA MACHADO (*in Revista de Legislação e de jurisprudência, anos 117/118, pág. 134*) ensina-nos que existe «*uma particular espécie de autovinculação, uma particular relação de confiança, e a violação das fides constituirá fundamento suficiente de ilicitude*». Nesta esteira, é evidente que o dano indemnizável deve ter a medida da lesão sofrida com o acto ilícito e com a expectativa ou confiança que foi violada. O STA - como aliás anteriormente tivemos oportunidade de referir – insiste na posição segundo o qual os danos resultantes da responsabilidade pré-contratual são apenas os danos negativos ⁽¹³⁾, limitando a indemnização ao facto lesivo (a não celebração do contrato com o adjudicatário) ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Ac. STA de 31/05/2001, Rec. 46 919 «*A responsabilidade civil por lesão da confiança é restrita à reparação do interesse contratual negativo, ou da confiança, isto é, do prejuízo resultante da frustração das expectativas de conclusão do negócio, estando excluída a reparação do interesse positivo, ou seja, pelo benefício que a conclusão do negócio traria à parte prejudicada nas suas expectativas*».

⁽¹⁴⁾ Ac. STA de 23/09/2003 refere que «*Porém, esta visão, apenas implica que se determine a indemnização pela dimensão do facto lesivo. Por isso, quando o facto lesivo redundante na não celebração do contrato é este o facto principalmente determinante na conformação do dano. Nestes casos, em que o contrato não chega a ser celebrado (ou não é válido, ou não é eficaz), o lesado continua a poder celebrar outros contratos, com a sua capacidade negocial apta a obter o lucro que obteria com a celebração do negócio frustrado. A detenção da capacidade de obter o lucro que obteria com a celebração do negócio frustrado. A detenção da capacidade de obter o lucro (noutros negócios) é que determina, em termos de razoabilidade e justiça, que – em regra – o dano negativo não compreenda o "lucro esperado" naquele contrato*».

4. Do dano e a conexão com a ilicitude específica geradora de responsabilidade pré-contratual (violação da confiança por não celebração do contrato com o adjudicatário).

O STA concluiu que tais despesas, por serem comuns a todos os concorrentes (preteridos) e prévias ao acto de adjudicação, traduzia-se nos “*custos naturais de quem se apresenta a um concurso público sem qualquer garantia de vir a ser adjudicatário da obra*” - não tendo conexão relevante (para efeitos denexo de causalidade) com o referido ilícito, traduzido na frustração das expectativas de conclusão do negócio. Dessa forma, nenhuma razão permanece para as considerar como danos indemnizáveis no âmbito da responsabilidade pré-contratual.

Neste seguimento, improcedeu o argumento (estritamente temporal) de que para o cálculo da indemnização por violação da confiança só devem relevar os danos decorrentes de despesas posteriores à adjudicação - uma vez que só após esta ocorre o facto omissivo que sustenta a obrigação de indemnizar (a não promoção, pelo dono da obra, da celebração do contrato com o adjudicatário). E sobre esta base, está o sentido que a questão não deve ser equacionada desta forma, mas no sentido de apurar a real conexão dos danos com o acto ilícito presente neste tipo de responsabilidade ⁽¹⁵⁾. Diz-nos esta jurisprudência superior que, na apresentação a um concurso - ao procederem à aquisição do processo e à elaboração da respectiva proposta, é inegável que todos os concorrentes queiram alcançar o mesmo objectivo - a vitória, adoptando todos os procedimentos impostos pelo regulamento do concurso, e suportando as inerentes despesas, na perspectiva de virem a ser o candidato escolhido. Neste caso, não dispondo de qualquer garantia nesse sentido, eles candidatam-se e orientam a sua estratégia e actuação no sentido da adjudicação da empreitada - sabendo à partida, que só um deles será adjudicado a empreitada.

⁽¹⁵⁾ Vd. MENEZES CORDEIRO, *in Tratado de Direito Civil, Parte Geral, 1999, p. 346* entende que se deve utilizar a expressão segundo o qual “o dano indemnizável deve ter a medida da lesão sofrida com o acto ilícito e com a expectativa ou confiança que foi violada”.

Posto isto, em condições normais, não vinga o fundamento da ilicitude (por violação de confiança ou outro) que possa gerar a obrigação de indenizar os concorrentes preteridos ⁽¹⁶⁾ peças despesas ⁽¹⁷⁾ por eles realizadas para se apresentar a concurso. Prosseguem os Senhores Conselheiros com o entendimento que aquela ilicitude é a razão da conformation da lesão sofrida, conferindo ao lesado o direito a ser indenizado por essas despesas que têm realmente a ver com o interesse contratual negativo, uma vez que possuem efectiva conexão com a sua apresentação a concurso, com a (por todos) almejada perspectiva da sua escolha como adjudicatário e, por todas essas razões, com a violação, pelo dono da obra, da tutela da confiança *in contrahendo* ⁽¹⁸⁾.

Foi assim, com estes fundamentos que veio negar provimento ao recurso fixando a seguinte jurisprudência: “*Se, após a adjudicação de uma empreitada de obras públicas, o dono da obra não promover a celebração do contrato, o direito do adjudicatário a ser indenizado pelo dano negativo (dano da confiança) abrange as despesas com a aquisição do processo de concurso e com a celebração da proposta, as quais têm a ver com o interesse contratual negativo, uma vez que possuem uma efectiva conexão com a ilicitude específica geradora da responsabilidade pré-contratual*».

IV – Do comentário propriamente dito ao Ac. STA de 22/10/2009

Partindo da fixação de jurisprudência acima descrita, e da leitura mais atenta, sobretudo em relação à questão de saber qual o âmbito da indemnização do lesado num caso particular de responsabilidade pré-contratual: o caso de, após a adjudicação de uma empreitada de obra pública, não chegar a ser celebrado o respectivo contrato, preliminarmente cumpre

⁽¹⁶⁾ Supostamente foram preteridos por a sua proposta não ser a melhor, e não por qualquer motivo de ilegalidade que possa funcionar como fundamento de responsabilidade. Já diversa é a situação do concorrente escolhido (o adjudicatário) porque obtém a desejada vitória no concurso com a adjudicação.

⁽¹⁷⁾ É como dizer, na perspectiva de conseguirem a adjudicação, não têm, naturalmente, que ser reembolsadas aos candidatos preteridos. Mas isso é assim porque, quanto a eles, nenhum fundamento subsiste, após a escolha do adjudicatário, para essa indemnização.

⁽¹⁸⁾ Integra, desta forma, para o candidato escolhido como adjudicatário, e porque contraídas na perspectiva de ganhar a adjudicação. Tal como o Ac. do STA de 31/05/2001 dita “o prejuízo resultante da frustração das expectativas de conclusão do negócio, sendo pois dano indemnizável”.

referir que, sobre a perspectiva processual da intervenção ⁽¹⁹⁾ por parte do STA é, como já tivemos oportunidade de evidenciar um acórdão uniformizador de jurisprudência, tendo como base a contradição de dois acórdãos (ambos dos tribunais administrativos superiores) assente na mesma questão de direito ⁽²⁰⁾.

Dada a fertilidade e amplitude do teor acórdão, teremos forçosamente de limitar o seu tratamento. No que tange à contradição dos critérios jurídico (normativos) com base em situações análogas, os dois acórdãos reportam a datas distintas e com diplomas legais diferentes, pelo que, *ab initio* e tal como (e bem) refere o STA, estamos perante uma “*uma mera sucessão de diplomas legais sem que tenha sido introduzida*” na regulamentação jurídica qualquer alteração fundamental, pelo que não lhes retiram o fundamento da comparabilidade. Só que, quanto à matéria da identidade de facto subsistem sérias dúvidas. Desde logo, ambos os acórdãos assentam numa análise a um procedimento de formação de contrato de empreitada de obra pública no âmbito do qual foi praticado um acto de adjudicação que não foi precedido de celebração do contrato (tal situação, poderá não ser bastante para se puder afirmar que, entre eles, há identidade da situação de facto). Se olharmos mais atentamente para o primeiro acórdão (recorrido) é notório que estamos perante uma deliberação do Município (Vila Nova de Gaia) que não se pronuncia quanto à pretensão do adjudicatário relativa à revisão do preço da sua proposta e que lança novo concurso público com o mesmo objecto, sem ter previamente revogado o acto de adjudicação. No segundo acórdão (fundamento) o acto lesivo é uma deliberação do Município (Lisboa) que revogou a autorização de adjudicação de empreitada uma vez que o local objecto da obra colocada a concurso veio a ficar incluída na área de intervenção da “Expo 98”, ordenando o reembolso das despesas suportadas pelo adjudicatário e o ressarcimento dos danos verificados e decorrentes da programação da actividade).

⁽¹⁹⁾ Tal como decorre da tipificação deste tipo de recursos, a intervenção do STA pressupõe a existência de contradição de julgados sobre a mesma questão fundamental e resultará um novo julgamento da causa. De notar que o pressuposto de intervenção exige que sejam proferidos “*na ausência de alteração substancial da regulamentação jurídica aplicável ou em recurso aos mesmos critérios jurídico-normativos, porquanto a mesma identidade da questão de direito pressupõe a identidade dos respectivos pressupostos de facto*” (itálico nosso).

⁽²⁰⁾ O Ac. do TCAN de 7/02/2008, processo n.º 134/04.2BEPRT como sendo o acórdão recorrido e o Ac. do STA de 7/03/2006, processo n.º 965/03, sendo o acórdão fundamento, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

A questão crucial colocada em ambos os arestos, vai ao encontro da não promoção pela entidade adjudicante (dentro do mesmo prazo legal) da celebração do competente contrato – no fundo, é a prática de um acto (por parte da entidade adjudicante) determinando a não celebração do contrato (quando havia já sido adjudicado). No fundo estamos perante uma situação de revogação da decisão de adjudicar! O primeiro acto lesivo é (notoriamente) contrário a um dos princípios basilares da actividade administrativa – art.º 6 do CPA denominado *princípio da boa fé*. O segundo, a entidade adjudicante procede à revogação do acto de adjudicação com base numa alteração de circunstâncias que impedem a celebração do contrato, praticando o acto mediante a atribuição de uma indemnização ao adjudicatário – sendo por isso, uma revogação válida de um acto constitutivo de direitos.

Transparece assim a ideia de que, a uniformização que o STA prosseguiu vem tratar “de forma igual” as duas situações e como que junta tudo no “mesmo saco” entendendo que, nas duas situações há a violação do dever de contratar e, conseqüentemente a violação do princípio da boa fé

1. Da culpa na formação dos contratos (art.º 227º do CC) e a sua aplicabilidade ao caso concreto

Do teor do acórdão resulta que «o critério jurídico decisivo a ter em conta na situação que nos ocupa, à luz do qual a referida questão de direito não poderá deixar de ser abordada, e que foi naturalmente considerado pelos acórdãos em confronto, é o que resulta do art.º 227º do Código Civil, sob a epígrafe “Culpa na formação de contratos”.

Lembremos CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*in Contratos I*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008, p.206) que a este propósito se refere que o art.º 227º do CC deve ser utilizado «com prudência e ser excluído quando uma pretensão equivalente ou mais forte tenha sustentação suficiente em regras de direito estrito». Estamos perante a escolha civilista tomada pelo STA consagrando a obrigação de indemnizar os danos que resultam da prática de actos contrários às regras da boa fé no decurso da formação de um contrato. Recuando às origens deste instituto jurídico, o mesmo encontra-se umbilicalmente ligado à

lacuna que contempla somente os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual, deixando por ressarcir os danos causados por quem negociava contrariamente com os ditames da boa fé. Da análise aos dois acórdãos (recorrido e fundamento) a norma relativa nesta matéria não é a norma ínsita no art.º 227.º do CC, mas sim o n.º 5 do art.º 103º do DL 235/86 de 7 de Agosto (devendo ler-se DL 236/85) ⁽²¹⁾ mencionado pelo acórdão (fundamento) e, no acórdão (recorrido) o n.º 5 do art.º 107º do DL 405/93, de 10 de Dezembro ⁽²²⁾.

Este raciocínio leva-nos a questionar o critério adoptado pelo STA, uma vez que os tribunais superiores adoptaram um outro critério. Como é consabido, a verdadeira essência da fase procedimental dos contratos públicos ⁽²³⁾ é justificada por uma série de “condimentos” que lhe são característicos cuja margem é manifestamente estreita (para não dizer nenhuma) da aplicabilidade do art.º 227º do CC. Na verdade, a maior aplicabilidade encontra-se no regime do Código dos Contratos Públicos (CCP) no seu n.º 3 e 4 do art.º 105.º ⁽²⁴⁾.

Como tem olhado a nossa doutrina e jurisprudência para esta questão? Levanta-se a questão de saber se a identificação (quase instantânea) entre o ilícito pré-contratual se traduz na violação do princípio da boa fé e o regime previsto no art.º 227.º do CC (civilista). Aqui é o próprio STA a proceder ao abandono das normas contempladas nos regimes jurídicos de empreitadas de obras públicas aplicáveis, considerando irrelevantes os contextos do acto lesivo dos acórdãos em contradição.

⁽²¹⁾ Da letra do artigo retira-se «Se o dono da obra não promover a celebração do contrato dentro do prazo estabelecido no n.º 1, poderá o adjudicatário recusar-se a outorgá-lo posteriormente, e terá direito a ser reembolsado pelo dono da obra de todas as despesas e demais encargos decorrentes da prestação da caução».

⁽²²⁾ Determina que «Se o dono de obra não promover a celebração do contrato dentro do prazo estabelecido no n.º 1, poderá o adjudicatário recusar-se a outorgá-lo posteriormente, e terá direito a ser reembolsado pelo dono da obra, no prazo de 66 dias, de todas as despesas e demais encargos decorrentes da prestação da caução». Refira-se que manteve na sua essência o teor do n.º 5 do art.º 115.º do DL n.º 59/99 de 2 de Março.

⁽²³⁾ Sobre os vários sentidos do contrato público, aconselhamos a leitura de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, A formação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público, AAFDUL, págs. 38 e ss.

⁽²⁴⁾ Segundo o qual «Se, por facto que lhe seja imputável, a entidade adjudicante não outorgar o contrato no prazo previsto no n.º 1 do artigo anterior, o adjudicatário pode desvincular-se da proposta, devendo aquela liberar a caução que este haja prestado, sem prejuízo do direito a ser indemnizado por todas as despesas e demais encargos em que comprovadamente incorreu com a elaboração da proposta e com a prestação da caução». Os artigos citados sem indicação do diploma legal de origem devem considerar-se pertencentes ao Códigos do Contratos Públicos (CCP).

Desta feita, a decisão de revogação da decisão de adjudicar é peculiar porquanto só dará lugar à aplicação do regime da *culpa in contrahendo* quando houver o entendimento da existência da violação do princípio da boa fé. Como se viu, os tribunais superiores limitaram a indemnização ao especial interesse contratual negativo por força do regime do art.º 227º do CC, abarcando os custos da proposta, o que poderá levantar algumas incertezas. Lembremo-nos o que atrás foi dito, segundo o qual o entendimento maioritário (jurisprudência e doutrina) se baseia no art.º 227,º do CC apenas impondo o ressarcimento dos danos correspondentes ao interesse contratual negativo ⁽²⁵⁾. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO nesta matéria entende que o regime do art.º 227º do CC «*não impõe qualquer limitação dos danos indemnizáveis, podendo, portanto e nalguns casos, ser ressarcido o designado interesse contratual positivo*» ⁽²⁶⁾. Há que atender ao momento do procedimento de formação do contrato – ou seja, quando foi seleccionada a proposta ganhadora de procedimento cujo contrato foi adjudicado – querendo significar que, os aspectos essenciais ⁽²⁷⁾ do contrato estarão decididamente estipulados mediante o acto de adjudicação. Ainda que, não exista norma especial que limite (explicitamente) o âmbito da indemnização, a violação do dever de contratar (ínsito na violação do princípio da boa fé) conduzirá ao ressarcimento do adjudicatário em função dos limites previstos pelo interesse contratual positivo – Vd. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, (ob. cit. pág. 229) bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de 11/01/2007, processo. 06B4223.

De notar, que a norma imputada no aresto que agora se comenta é a regra inserida nos regimes jurídicos de empreitada de obras públicas que hoje se encontra revogada e nele se estatuiu expressamente que o adjudicatário teria

⁽²⁵⁾ Vd. ANA PRATA, in *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, Almedina, Coimbra, 2005, 2ª Reimpressão, pp. 166-167). Inclui quer os danos sofridos em virtude da não celebração do contrato, quer da celebração de um contrato inválido, ou seja, as perdas sofridas com a celebração deste ou com as actividades encetadas pelo lesado com vista à celebração do contrato, bem como as oportunidades perdidas pelo facto de ter escolhido aquele projecto de negociação e não outros.

⁽²⁶⁾ Ob. cit, *Tratado de Direito Civil ...*, pág. 407 e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, ob. cit, *Contratos I ...* pág.229. Para uma análise mais aprofundada nesta matéria PAULO MOTA PINTO, in *Interesse Contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, Coimbra Editora, 2008, pp. 1350 e ss.

⁽²⁷⁾ É essencial que o concorrente cuja proposta tenha sido escolhida: a) não recuse a adjudicação; b) preste a caução que venha a ser exigida; c) apresente os documentos de habilitação; d) trate da confirmação junto dos terceiros.

direito a uma indemnização nas situações de não celebração do contrato (imputável à entidade adjudicante) ⁽²⁸⁾.

2. Da aplicabilidade do acórdão proferido no contexto (antes) do CCP

Quer num, quer noutra acórdão (em contradição) trataram da temática que, não tem passado ao lado na nossa doutrina, bem pelo contrário. Aliás, da nossa parte já mereceu especial atenção, na medida em que se levanta a questão de saber quais as consequências da prática de um acto na sequência da revogação da decisão de contratar ⁽²⁹⁾ ou da decisão de adjudicar (lícita ou ilícita). Recuando um pouco antes da aprovação do CCP, a doutrina portuguesa dizia que, depois de publicado o anúncio de contratação e de já terem sido apresentadas e preparadas as propostas pelos concorrentes, a entidade adjudicante teria o direito de revogar a decisão de contratar procedendo a uma não adjudicação. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL (*in, Concurso Público nos contratos administrativos, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 231 a 234*) defendia que a entidade tinha o direito de não adjudicar o contrato objecto do procedimento nalgumas situações, a saber: «(i) caso nenhuma das propostas em concurso se apresentasse insatisfatória; (ii) nos casos em que a lei ou o programa de concurso assim o estipulassem e (iii) nos casos em que a entidade adjudicante fosse titular do poder exorbitante da rescisão unilateral do contrato a celebrar e motivos supervenientes de interesse público assim o ditassem». Nesta mesma linha, a decisão de não adjudicação nos pontos (ii) e (iii) acima referenciados contendia “o pagamento de uma indemnização sempre que houvessem sido apresentados propostas no âmbito do procedimento lançado e posteriormente revogado. Estaria, aqui incluídos os custos de preparação da proposta ⁽³⁰⁾ e de participação no procedimento” ⁽³¹⁾. Em causa, o facto de a entidade

⁽²⁸⁾ Sem exigência de ilicitude ou culpa da actuação da entidade adjudicante.

⁽²⁹⁾ Entendido como o momento inicial do procedimento, a qual tem de ser vista à luz, entre outros, do princípio da prossecução do interesse público e do princípio da legalidade – Vd. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – por uma contratação pública sustentável, Almedina, 2012, págs. 373 a 377*.

⁽³⁰⁾ Segundo MARGARIDA OLAZABAL, *ob. cit. pág. 232* refere que os custos de preparação da proposta correspondem a «prejuízos anormais e excepcionais e, portanto, seriam ressarcidos do regime da responsabilidade extracontratual pela prática de facto ilícito. Ainda Ac. STA de 26/09/2012 (in www.dgsi.pt), processo n.º 681/02

adjudicante estar impedida de consagrar uma cláusula genérica no programa de concurso conferindo-lhe o direito de revogar, a todo o tempo e sem qualquer fundamentação específica (a decisão de contratar) mas, que necessariamente teria que se prender com uma mera alteração superveniente de interesse público ⁽³²⁾.

3. Da tutela dos participantes aquando da não celebração do contrato.

Chamando aqui a doutrina de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA para o caso de recusa (não celebração do contrato) afirmam *«perante um “direito reforçado” de indemnização deste, não estando a Administração adstrita a indemnizar qualquer outro dos concorrentes participantes no procedimento»*, ou seja, o que esta doutrina aponta é para um “verdadeiro direito de não adjudicar” ⁽³³⁾. Assim, num procedimento em que não terminava com a celebração do contrato esta questão não era dirimida (pelo menos de forma clara) pela jurisprudência nacional, mostrando-se imprecisa e muitas vezes contradizendo-se. Ora, o Ac. do STA aqui em análise, veio trazer uma maior explicitação em matéria da indemnização (já expressa a lei) na medida em que concede ao adjudicatário que, por facto imputável à entidade adjudicante, não chega a celebrar o contrato objecto do procedimento assumindo uma posição numa perspectiva no seguimento do interesse contratual negativo na medida em que entende que as despesas relacionadas com a elaboração da proposta relacionam-se com o acto lesivo (acto violador da confiança por não celebração do contrato e que é a decisão de não celebrar o contrato).

onde decidi num concurso público que *«apenas os custos associados à concepção e elaboração do projecto (normalmente a cargo do dono da obra) deveriam ser considerados prejuízos excepcionais e especiais»*.

⁽³¹⁾ Nesta esteira a jurisprudência do Ac. do STA de 13/03/2001, processo n.º 48 879.

⁽³²⁾ Vd. *A Anulação de um concurso público – acto recorrível. Acto ilícito*, CJA n.º 32, Ano 2002, pág. 39. Quanto à jurisprudência aconselhamos um olhar mais atento pelos Acs. do TCAN de 20/01/2005, processo n.º 00122/04 e o Ac. do TCAS de 9/02/2006, processo n.º 01266/05.

⁽³³⁾ Vd. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa – Das Fontes às Garantias*, Almedina, Coimbra, 1998, págs. 570 e ss. Neste mesmo sentido, SÉRVULO CORREIA (*in Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, págs. 701 e ss.

4. Enquadramento posterior à entrada em vigor do CCP

Face ao supra exposto, melhor se compreenderá quando veio o legislador com a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos rever a inclusão do regime especial regulando as consequências da prática de um acto revogatório da decisão de contratar ou da decisão de não adjudicação (lícita ou ilícita). Aliás, nesta contenda, os arts. 79º ⁽³⁴⁾ e 80º e 134º do CCP vêm prever que em determinadas circunstâncias (supervenientes) no que concerne aos pressupostos da decisão de contratar ou circunstâncias (imprevistas) determinam a alteração dos aspectos fundamentais das peças do procedimento e justificam a não adjudicação e a conseqüente revogação da decisão de contratar ⁽³⁵⁾.

Deverá (ou não) a entidade adjudicante indemnizar os concorrentes?

A entidade adjudicante deve indemnizar os concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respectivas respostas (na possibilidade de a entidade adjudicante ter revogado a decisão de contratar decorrido o prazo de apresentação de propostas) ou até proceder à devolução do preço pago pela disponibilização das peças do concurso (quando não tenham sido apresentadas as propostas). Em causa, temos um regime que permite aos casos em que a entidade adjudicante de forma lícita se vê coagida a revogar a sua decisão de contratar antes de ter havido o acto de adjudicação do contrato (cfr. n.º 1 do art.º 79º do CCP) vislumbrando-se a existência de um dever de adjudicar ⁽³⁶⁾, justificado inteiramente pelo elo vinculativo da

⁽³⁴⁾ O CCP prevê algumas situações em que a entidade adjudicante pode – melhor, deve (não há lugar à adjudicação) – desistir de contratar. Note-se que *a contrario*, se depreende que, fora dessas situações, tendo encetado procedimentos pré-contratuais, a entidade adjudicante não pode, pura e simplesmente, de forma arbitrária e egoísta, desistir de contratar – Vd. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – por uma contratação pública sustentável*, Almedina, 201, pág. 409.

⁽³⁵⁾ A este propósito e sobre a querela instalada quanto à natureza taxativa das causas de não adjudicação contempladas no art.º 79º do CCP [em especial nas alíneas c) e d)]. Aqui, Vd. BERNARDO AZEVEDO, *Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos, in Estudos de Contratação Pública, 2010, págs. 230 e ss.*

⁽³⁶⁾ O art.º 76.º do CCP optou por consagrar um dever de adjudicação for tomada fora do prazo por motivo devidamente justificado, existe o direito de recusar adjudicação e a entidade adjudicante deverá indemnizar com a elaboração da respectiva proposta, solução que porventura peca por excesso – Vd. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – por uma contratação pública sustentável*, Almedina, 2012, pag. 411.

entidade adjudicante à prossecução do interesse público. Urge perguntar – e os casos em que a entidade adjudicante, de forma ilícita, revoga a decisão de contratar?

Com a entrada em vigor do CCP a posição jurídica da entidade adjudicante no âmbito de formação de um procedimento de formação de um contrato público ⁽³⁷⁾ hoje encontra-se associada (e salvo exceções) ao dever de adjudicar e, uma vez adjudicado o contrato, ao dever de celebrar o contrato. A este propósito MARCO CALDEIRA (*Adjudicação e exigibilidade judicial da celebração do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos, in O Direito, n.º 140, pág.170*) prevê «para o adjudicatário o direito de vir a celebrar o contrato, com base na proposta apresentada pelo concorrente». Assim, no que toca às despesas que os concorrentes incorrem para participar no procedimento (e apresentarem a proposta) que não seja excluída afigura-se a determinação de um “*quantum mínimo*” de indemnização atribuir independentemente da complexa ponderação do pressuposto do nexo de causalidade em ambiente concursal.

5. Da previsão do art.º 105º CCP e quiçá uma *solutio*

Até ao momento, as normas já citadas apenas permitiam solucionar (parcialmente) a questão de saber se os concorrentes são merecedores de tutela indemnizatória quando a entidade adjudicante decide revogar a sua decisão de contratar. Com a entrada em vigor do CCP, o legislador demonstrou uma maior preocupação, sobretudo no regime a aplicar às situações em que, tendo havido adjudicação do contrato, a entidade adjudicante não celebra o contrato e, obrigatoriamente, revoga expressa ou tacitamente a sua decisão de contratar – em causa, o art.º 105º do CCP. Leia-se o n.º 3 que diz: «sem por facto que lhe seja imputável, a entidade adjudicante não outorgar o contrato no prazo no nº1 do artigo anterior, o adjudicatário pode desvincular-se da proposta, devendo liberar a caução que haja prestado, sem prejuízo do direito a ser indemnizado por todas as despesas e demais

⁽³⁷⁾ Para mais desenvolvimentos sobre o universo dos contratos públicos no CCP, Vd. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – por uma contratação pública sustentável*, Almedina, 2012, págs. 311 e ss.

encargos em que comprovadamente incorreu com a elaboração da proposta e com a prestação da caução».

Se observarmos o teor da norma, atento ao elemento literal, parece mais clarividente a extensão do âmbito da indemnização, a qual poderá limitar-se, conforme se sustenta no acórdão que ora se comenta, aos encargos relativos à prestação da caução e aos custos da proposta e da participação no procedimento ⁽³⁸⁾. Apela-se ao n.º 3 do art.º 105º, cuja leitura deve ser acompanhada do n.º 4 ao prever que *«no caso previsto no número anterior, o adjudicatário pode, em alternativa, exigir judicialmente a celebração do contrato».*

Da leitura conjunta destes dois números (bem daquelas que respeitam o dever de adjudicar) dá ao próprio CCP uma visão de maior tutela dos participantes no procedimento e das suas expectativas – ou seja, a possibilidade de exigir judicialmente (em alternativa) a celebração do contrato que corresponde a uma clareira alteração do regime previsto no n.º 3 do art.º 105º do CCP. Daí que, é pertinente considerar que a identidade da norma de imputação a que tanto alude o acórdão (fundamento) deixará de ter relevância quando o procedimento em questão for abrangido pelo CCP.

Embora a regra plasmada no n.º 4 do art.º 105º do CCP não obrigue na sua previsão a revogar a decisão de adjudicação seja ilícita (sendo suficiente a previsibilidade do n.º 3 de não celebração do contrato por facto imputável à entidade adjudicante, será na esteira de VERA EIRÓ (in CJA n.º 80, Março/Abril 2010) *«parece-nos de distinguir os casos em que a não celebração do contrato é lícita – porque é ditada numa alteração superveniente fundada em motivos de interesse geral que assim o determina e que poderia inclusivamente ditar a impossibilidade de execução de uma sentença condenatória que implicasse a celebração do contrato – dos casos em que a decisão viola o princípio da boa fé».*

Como se viu anteriormente, a faculdade de exigir pela via judicial a celebração do contrato pressupõe (*ab initio*) a celebração do contrato seja admissível, não devendo disputar com o poder da entidade adjudicante (por razões de interesse público) devidamente fundamentadas, revogar o acto de

⁽³⁸⁾ Uma nota para o facto desta norma em nada se assemelhar àquelas ínsitas nas disposições integradas nos diplomas de hoje (revogados pelo CCP) e que respeitam à regulação da mesma questão.

adjudicação mediante o pagamento nos termos no n.º 3 do art.º 104º uma justa indemnização.

Posto isto, e seguindo o raciocínio lógico acima descrito, não será de levantar o véu e questionar se é (ou não) legítimo quanto à indemnização do adjudicatário em caso de recusa (ilícita) de celebração do contrato, não será de incluir o denominado interesse contratual positivo!? O legislador deveria a nosso ver prever a necessidade de reconhecer as situações em que a revogação da decisão de adjudicar é lícita, pois e como é sabido, somos reconduzidos ao elenco do art.º 79º do CCP.

V – O papel desta Jurisprudência e as notas finais

A uniformização da jurisprudência ínsita neste acórdão leva-nos a pensar da necessidade de uma maior aplicabilidade do n.º 3 do art.º 105º do CCP. Contudo, a verdade é que, o seu papel poderá esvanecer se analisado em conjunto com o n.º 4 daquele artigo.

Ao longo do texto levantou-se a questão da determinação do âmbito da indemnização devida ao adjudicatário em caso de não celebração do contrato – matéria que, na prática ainda se encontra por resolver. Somos levados ao raciocínio de que, uma das soluções passaria por uma interpretação (correcta) da ponderação da norma de imputação, abstraída da aplicabilidade (imediate) do art.º 227º do CC – passando por uma ponderação entre a natureza (lícita ou ilícita) da decisão de revogação da decisão de contratar (primeira ideia) e os cânones do verdadeiro direito à adjudicação bem como à celebração do contrato (segunda ideia).

Para já, enquanto novos avanços não são feitos nesta matéria, quer por parte da doutrina e sobretudo da jurisprudência nacional teremos de ir acatando o “tempo de espera nas urgências” até que fique esclarecido a destriça entre o regime previsto no CCP e aquele em que o âmbito dos acórdãos acima referenciados (em contradição) espelham, no intuito de se saber com que “linhas se pode cozer” esta matéria.

Os novos tempos impõem uma reconsideração dos critérios da determinação do “quantum” da indemnização. É desejado por muitos — adjudicatários — que a generosidade de tal “*quantum*” seja uma realidade pois o presente é manifestamente desadequado. Iremos, continuar a debruçar-nos sobre esta matéria, servindo este texto como pequenas linhas que se tenta colorir em relação às demais “linhas com que se coze” o presente direito à indemnização.

“A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em procurar novas paisagens, mas em ter novos olhos” (Marcel Proust). ■

ANGELINA TEIXEIRA
Advogada
Mestre em Direito Administrativo



Data  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 2 • N.º 03 • Fevereiro 2015

