

O CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL PÚBLICO PORTUGUÊS — PROPOSTA DE REVISÃO À LUZ DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA(*)

*Pelo Doutor Pedro Cerqueira Gomes(**)*

SUMÁRIO:

Lista de abreviaturas. **1. Introdução.** **1.1.** Delimitação do objeto de investigação. **1.2.** Metodologia e sequência. **2. A europeização do contencioso pré-contratual público — as diretivas recursos.** **2.1.** O porquê das diretivas recursos. **2.2.** As primeiras diretivas recursos — 89/665/CEE e 92/13/CEE. **2.3.** A insuficiência das diretivas 89/665 e 92/13 e as modificações operadas pela diretiva 2007/66/CE. **2.4.** Há vida para além das diretivas recursos? **3. Os problemas do contencioso pré-contratual público português.** **3.1.** Fatores endógenos. **3.1.1.** A nova lógica suspensiva e o regime português; **3.1.2.** A contratação excluída do art. 100.º CPTA. **3.2.** Fatores exógenos. **3.3.** Síntese. **4. Perspetivas de reforma — uma visão de *iure constituendo*.** **4.1.** Arbitragem necessária e institucionalizada vs entidade administrativa com poderes para-judiciais. **5. Conclusão. Bibliografia.**

(*) O presente texto corresponde à minha dissertação de Mestrado entregue, em Dezembro de 2013, na Universidade Católica do Porto. Desta feita não posso deixar de agradecer ao meu orientador Professor Mário Aroso de Almeida, à minha arguente Professora Raquel Carvalho, ao Miguel Cerqueira Gomes, à Sofia Brito da Silva e ao Nuno Sousa e Silva o trabalho e a paciência que tiveram a rever este texto.

(**) Advogado-estagiário e Assistente Convidado no Instituto de Contabilidade e Administração do Porto. Email: <pedrocerqueiragomes@gmail.com>.

Lista de abreviaturas

AG	Advogado(a)-Geral
art.	artigo
arts.	artigos
CCP	Código dos Contratos Públicos
CDFUE	Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do homem
CPTA	Código do Processo dos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-lei
DUE	Direito da União Europeia
EA	Entidade Adjudicante
EM	Estado Membro
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
INCI	Instituto da Construção e do Imobiliário
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
para.	parágrafo
p.	página
pp.	páginas
STA	Supremo Tribunal Administrativo
ss.	seguinte(s)
TC	Tribunal de Contas
TCA	Tribunal Central Administrativo
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRL CSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

1. Introdução

1.1. Delimitação do objeto de investigação

O presente artigo incide sobre as influências europeias no contencioso pré-contratual público português.

Hoje em dia, é inegável que a ingerência europeia, em matéria de tutela pré-contratual, obriga os EM à criação de inúmeros instrumentos jurídicos vocacionados para garantir a plena efetividade da regulamentação europeia (Tratados Europeus e diretivas recursos). Sendo que, para lograr esse objetivo, o legislador europeu privilegiou, de forma clara, a utilização de mecanismos de tutela preventiva, isto é, que permitissem uma correção das ilegalidades numa fase em que estas ainda pudessem ser corrigidas, por intermédio de meios céleres e eficazes.

Ora, partindo de uma reflexão séria, profunda e crítica, procuraremos, neste estudo, por um lado, aferir da compatibilidade do regime português com as ditas exigências de cariz europeu, *máxime* quando as ilegalidades residam sobre o ato de adjudicação e, por outro lado, procurar possíveis soluções para os problemas encontrados, através de uma análise de direito comparado. Fora do âmbito deste trabalho ficam a tutela pós-contratual; a impugnação de outros atos procedimentais que não a decisão de adjudicação; e as exceções previstas para os setores especiais da contratação pública.

1.2. Metodologia e sequência

Em termos metodológicos centramo-nos, num primeiro momento, na análise das exigências europeias, em sede de tutela pré-contratual, mormente através do estudo da jurisprudência relevante do TJ e da literatura nacional e internacional que releva nesta matéria.

Num segundo momento, aferimos da compatibilidade do contencioso português para dar cumprimento às *reivindicações* das diretivas recursos, tendo consultado, para o efeito, literatura nacio-

nal e alguma jurisprudência dos tribunais administrativos. Por fim, no último capítulo, propomos algumas soluções para os óbices encontrados, através de uma análise de direito comparado.

2. A europeização do contencioso pré-contratual público — *as diretivas recursos*

2.1. O porquê das diretivas recursos

O papel de destaque assumido, desde cedo, pela contratação pública na construção do projeto europeu, conduziu ao aparecimento de uma ampla convergência normativa europeia das regras jurídicas substantivas, operada pelas diretivas que vieram regular a coordenação dos procedimentos de adjudicação relativos a diversos tipos de contratos públicos em distintos setores (gerais e especiais)⁽¹⁾. Porém, desde cedo, se reconheceu que a *europeização* das regras de direito material da contratação pública teria que ser, igualmente, alargada aos *meios processuais* de tutela em matéria de procedimentos adjudicatórios públicos. A heterogeneidade e ineficácia destes mecanismos de tutela nos diversos EM⁽²⁾ estariam a eivar a eficácia das normas europeias da contratação pública e, conseqüentemente, o regular funcionamento do mercado interno.

⁽¹⁾ Encontram-se atualmente em vigor, quanto aos aspetos *procedimentais*, as diretivas: 2004/18/CE (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); 2004/17/CE (relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais); 2009/81/CE (relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, e que altera as diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE). Note-se que as diretivas 2004/17 e 2004/18 encontram-se num estado avançado de revisão que deverá terminar com a publicação, no início de 2014, de um novo pacote legislativo, no qual se inclui uma nova diretiva relativa às concessões. Esta reforma visa conferir uma maior flexibilidade e modernização à contratação pública europeia, com destaque para a utilização de procedimentos que envolvam uma fase de negociação e a utilização de meios eletrónicos. Criticando alguns aspetos da reforma, S. ARROWSMITH, 2012: 71 ss.

⁽²⁾ I. CELESTE FONSECA, 2006: 511.

Desta feita, o legislador europeu movido pela necessidade de dar cumprimento ao princípio da efetividade⁽³⁾ decidiu restringir a autonomia processual dos EM⁽⁴⁾, por via legislativa⁽⁵⁾, pois constatou que era imperativo conferir um maior grau de *enforcement* às normas substantivas de DUE da contratação pública, através da criação de um conjunto uniforme de regras capazes de conferir uma tutela efetiva aos potenciais candidatos/concorrentes⁽⁶⁾.

Coube, assim, às primeiras *diretivas recursos*⁽⁷⁾, estabelecer os requisitos mínimos de tutela que deveriam ser encontrados em todos os EM para os contratos abrangidos pelas diretivas 2004/17 e 2004/18.

(3) A emergência do princípio da efetividade, no seio da UE, prendeu-se com o facto de o DUE pretender manter ao nível da sua execução elevados níveis de descentralização, ou seja, a execução dos seus comandos normativos seria realizada, maioritariamente, por entidades pertencentes aos EM. Isto conduziu a uma verificação prática de défices de aplicação das normas de cariz europeu. O TJ viu-se, pois, forçado a desenvolver determinados princípios que assegurassem a efetividade da ordem jurídica europeia, tais como o do primado; efeito direto; interpretação conforme; tutela jurisdicional efetiva; equivalência e um modelo de responsabilidade do Estado por violação do DUE. Porém, neste estudo, apenas nos iremos referir ao princípio da efetividade na sua vertente limitativa da autonomia processual dos Estados.

(4) Podemos definir autonomia processual dos EM como a faculdade de os mesmos definirem o complexo normativo jurídico-processual responsável pela definição da tramitação e resolução jurisdicional dos litígios. Para uma definição similar ver, M. PRATA ROQUE, 2011: 69.

(5) A base legitimadora no Tratado para esta restrição expressa encontra-se prevista no art. 114.º TFUE.

(6) Para D. PACHNOU, 2003:74-76, a *ratio* subjacente às diretivas recursos reflete um duplo propósito: (i) o respeito pelas regras procedimentais estabelecidas pelas diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE e (ii) a proteção dos potenciais candidatos/concorrentes contra possíveis violações de DUE na contratação pública. A este respeito S. ARROWSMITH, 1992: 49, apesar de assumir a existência daquele duplo propósito, advoga que o objetivo primário é sempre o de garantir a eficácia das Diretivas europeias referentes às regras substantivas concursais. Não nos iremos ocupar desta discussão doutrinária. Partimos, pois, da premissa que o princípio da efetividade será sempre o objetivo primário, sendo o desenvolvimento do princípio da tutela jurisdicional efetiva o meio mais adequado para atingir esse objetivo.

(7) Diretiva 89/665/CEE e 92/13/CEE.

2.2. As primeiras *diretivas recursos* — 89/665/CEE e 92/13/CEE⁽⁸⁾

Por forma a lograr o presente desidrato - nomeadamente garantir a plena aplicação e efetividade do direito substantivo europeu da contratação pública, por intermédio da imposição de um conjunto de normas aptas a proteger os direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares que gravitam no *universo* pré-contratual público — surgiram as primeiras *diretivas recursos*⁽⁹⁾. Estas privilegiavam, sobretudo, a utilização de mecanismos de *tutela preventiva ou antecipatória*⁽¹⁰⁾, isto é, que permitissem a correção das infrações numa fase em que estas ainda pudessem ser emendadas, através de meios céleres e eficazes⁽¹¹⁾.

Dentro desta lógica *preventiva*, as *diretivas recursos* começaram por impor aos EM, além da obrigatoriedade de concederem indemnizações aos lesados⁽¹²⁾, a implementação de um *recurso de tutela urgente*⁽¹³⁾, que fosse capaz de decretar as medidas provisórias⁽¹⁴⁾ e definitivas necessárias para a correção de alegadas viola-

⁽⁸⁾ No presente estudo não iremos atender às exceções impostas pela diretiva 92/13/CEE (relativa aos setores especiais da contratação pública). Sendo que, salvo referência em contrário, doravante todos os artigos citados no ponto 2.2. pertencem à diretiva 89/665/CEE.

⁽⁹⁾ Não iremos, neste ponto, efetuar uma análise detalhada de todos os pontos da diretiva, mas apenas salientar aqueles que serão relevantes para a nossa exposição.

⁽¹⁰⁾ D. PRETIS, 2010: 3.

⁽¹¹⁾ Neste sentido, I. CELESTE FONSECA, 2006: 512.

⁽¹²⁾ Art. 2.º, n.º 1, al. c). Pese embora, não possamos considerar a obrigatoriedade de indemnizar os lesados por ilegalidades ocorridas num procedimento pré-contratual uma *dimensão direta* de tutela preventiva, esta não deixa de cumprir um importante papel. X. ZHANG, 2007: 328 e 339 evidencia a potencialidade dissuasora que *generosas* indemnizações por lucros cessantes conseguiram ter no comportamento das EA. Contudo, o mesmo autor, alerta para o efeito perverso destas *generosas* indemnizações, na medida em que poderão comprometer o *erário público*, afetando a disponibilidade financeira das EA para satisfazer necessidades coletivas futuras. Pela nossa parte, é necessário arranjar um equilíbrio quanto ao *quantum indemnizatório*, por forma a não provocar situações de autêntica impunidade, mas, também, sem prejudicar de forma excessiva o *erário público*.

⁽¹³⁾ Art. 1.º, n.º 1 “...as decisões das entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível...”.

⁽¹⁴⁾ Art. 2.º, n.º 1, al. a) “Tomar o mais rapidamente possível, através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir...”.

ções⁽¹⁵⁾, impedindo, assim, o surgimento de novos danos. Por conseguinte, conferiu-se às instâncias de recurso a hipótese de decretarem a suspensão do procedimento adjudicatório. Sendo que, a decisão de suspensão do procedimento adjudicatório deveria obedecer a uma ponderação igualitária dos interesses em jogo⁽¹⁶⁾, nomeadamente, o interesse público e os direitos subjetivos dos particulares⁽¹⁷⁾.

No que concerne à instância de recurso responsável por conduzir este mecanismo *urgente e eficaz*, a diretiva deixou alguma margem de liberdade. Era, pois, necessário respeitar a cultura jurídica de resolução de litígios públicos vigente nos diversos EM. Daí a possibilidade de entregar este *recurso urgente*, em primeira instância, a Tribunais (judiciais ou administrativos)⁽¹⁸⁾ ou a entidades administrativas independentes das EA. Todavia, caso a instância responsável pelo recurso fosse uma entidade administrativa independente, as suas decisões deveriam ser, por um lado, fundamentadas por escrito e, por outro lado, passíveis de *recurso jurisdiccional*⁽¹⁹⁾, obedecendo a nomeação dos seus membros a estritos critérios⁽²⁰⁾.

⁽¹⁵⁾ Anulando decisões ilegais, incluindo a supressão de especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias constantes de qualquer relacionado com o procedimento pré-contratual — art. 2.º, n.º 1, al. b).

⁽¹⁶⁾ Art. 2.º, n.º 4.

⁽¹⁷⁾ A este propósito, C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: 28-46.

⁽¹⁸⁾ Existia alguma *diferenciação* quanto à natureza jurídica dos contratos emergentes de procedimentos pré-contratuais públicos. Nalguns países assumia as vestes de contrato privado (Alemanha, Dinamarca e Reino Unido) estando submetidos à jurisdição civil; e noutros países as vestes de contrato público (Espanha, França e Portugal) encontrando-se alocados à jurisdição administrativa, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 2010: 47-52. Em regra, os EM que entregavam os litígios à jurisdição civil enfrentaram grandes problemas de adequação às exigências estabelecidas nas Diretivas. Por uma banda, quanto à nova configuração dos procedimentos adjudicatórios com regras favoráveis à transparência e concorrência e por outra banda, quanto aos traços de urgência e eficácia do mecanismos de tutela, forçando Estados como a Dinamarca a optar pela criação de uma entidade administrativa independente com poderes para-judiciais.

⁽¹⁹⁾ A entidade responsável pelo recurso tem que preencher os requisitos do conceito de “órgão jurisdiccional nacional” na aceção do art. 267.º TFEU (art. 2.º, n.º 8). Para uma análise dos requisitos *vide*, no plano nacional, M. FONTAINE CAMPOS, 2012: 181, ss.

⁽²⁰⁾ Art. 2.º, n.º 8.

2.3. A insuficiência das diretivas 89/665 e 92/13 e as modificações operadas pela diretiva 2007/66/CE

Com o decorrer dos anos as instituições europeias constataram que as exigências garantísticas de recurso, patentes nas primeiras diretivas, não estavam a conseguir alcançar os objetivos traçados pelo legislador europeu⁽²¹⁾. Emergia a necessidade de uma reforma legislativa. Assim, em 2007, a diretiva 2007/66/CE⁽²²⁾ veio modificar as anteriores diretivas 89/665 e 92/13/CEE. Aquela animada, mais uma vez, pela lógica de melhorar a *eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos*, procurou resolver três problemas considerados nucleares. Primeiro, o aumento do número de ajustes diretos ilegais⁽²³⁾. Segundo, o fenómeno da *corrida à assinatura do contrato*⁽²⁴⁾. E, ainda, a ineficácia da tutela pós-contratual, em face das inúmeras dificuldades probatórias dos operadores económicos em demonstrarem que, se não fosse a ilegalidade ocorrida, estes teriam sido os legítimos vencedores do procedimento adjudicatório. Estas dificuldades quando aliadas a uma quantificação irrisória dos danos decorrentes das violações das regras de DUE da contratação pública, tornavam a tutela pós-contratual incapaz de produzir um qualquer efeito dissuasor e corretivo⁽²⁵⁾.

O modo de resolução destes óbices à eficácia em matéria adjudicatória foi realizado através da adoção de três medidas fundamentais:

(21) Conforme se verifica da análise do relatório da Comissão em 2006, *Impact Assessment Report — Remedies in the field of public procurement*, 4 de Maio de 2006, ref.: SEC (2006) 557.

(22) No ponto 2.3, salvo menção em contrário, todos os artigos pertencem à diretiva 2007/66/CE.

(23) Segundo o TJ é a violação mais grave de DUE da contratação pública, caso C-26/03 *Stadt Halle* para. 37.

(24) A ausência de um prazo suspensivo mínimo entre o momento da adjudicação e a celebração do contrato havia criado uma tendência, por parte das EA europeias, que pretendiam tornar irreversíveis as consequências da adjudicação, designada por “*corrida à assinatura do contrato*” que anulava qualquer chance de uma tutela antecipatória.

(25) Neste sentido, C. DE KONINCK/P. FLAMEY, 2009: pp. 4-7. No plano nacional, numa argumentação não totalmente coincidente, I. CELESTE FONSECA, 2008: pp. 49-71; M. JOÃO ESTORNINHO, 2011: pp. 24-25.

(i) *Standstill*

Em primeiro lugar, a previsão de um período mínimo de suspensão, de 10 ou 15 dias consecutivos⁽²⁶⁾, dependendo do meio de comunicação utilizado, entre a decisão de adjudicação e a celebração do contrato (o chamado prazo *standstill* — art. 2.º-A). Esta medida resulta de uma codificação da jurisprudência do TJ nos casos *Alcatel*⁽²⁷⁾ e *Comissão vs. Austria*⁽²⁸⁾. Segundo R. CARANTA⁽²⁹⁾, nestes casos, o TJ considerou indispensável que fosse facultado aos concorrentes um período de tempo suficiente para analisarem a decisão de adjudicação, sendo este mesmo período parte incidível de um princípio de tutela efetiva. Contudo, são permitidas exceções a este prazo suspensivo nas situações elencadas no art. 2.º-B, designadamente nos casos de aquisições particularmente urgentes ou efetuadas mediante acordos-quadro⁽³⁰⁾.

(ii) Efeito suspensivo automático

Em segundo lugar, mantém-se a possibilidade de adotar medidas provisórias⁽³¹⁾, podendo estas levar ou não à suspensão do procedimento pré-contratual o que dependerá sempre de uma análise e ponderação casuística dos interesses presentes. No entanto, a nova diretiva impôs a existência de um *efeito suspensivo automático* quando o recurso incida sobre o ato de adjudicação — art.2.º, n.ºs 3, 4 e 5 — devendo o procedimento permanecer suspenso até que o órgão responsável pelo recurso, em primeira instância, tenha decidido sobre a manutenção ou o levantamento

⁽²⁶⁾ Alguns EM decidiram fazer coincidir o período de *standstill* com o prazo de caducidade para instaurar o *recurso pré-contratual* dos contratos abrangidos pelas diretivas, por forma a respeitar o *espírito suspensivo* desta medida, apesar de a diretiva não o exigir expressamente. A título de exemplo veja-se o regime Italiano, onde vigora aquele modelo, R. DE NICTOLIS, 2010: ponto 5.4. b).

⁽²⁷⁾ C-81/98, para. 43.

⁽²⁸⁾ C-212/02, para. 23.

⁽²⁹⁾ R. CARANTA, 2011: p. 75.

⁽³⁰⁾ Para uma análise crítica das exceções ao prazo de *standstill*, em especial para as situações de acordos-quadro, ver G. M. RACCA, 2011: pp. 95-97.

⁽³¹⁾ Atente-se que as medidas provisórias poderão ser alcançadas, quer pela via de uma tutela principal, quer por uma tutela cautelar.

do efeito suspensivo⁽³²⁾. Quanto aos critérios que deverão presidir à decisão de manutenção ou levantamento do efeito suspensivo, a diretiva é omissa, remetendo a sua regulamentação para os EM. Porém, os critérios estabelecidos nunca poderão colocar o princípio da efetividade de DUE em causa⁽³³⁾.

(iii) “Privação de efeitos”

Por último, o estabelecimento da “privação de efeitos” como sanção para a adjudicação ilegal de contratos, mormente para pôr cobro aos ajustes diretos ilegais⁽³⁴⁾. Alargando, pela primeira vez, a tendência de *europeização* dos contratos públicos à disciplina substantiva que rege a própria execução dos contratos, igualmente influenciada pelo TJ^(35/36). O objetivo deste tipo de sanção seria, por uma banda, esclarecer que certas violações graves de DUE no domínio dos contratos públicos não poderiam continuar a ser protegidas sob o manto do princípio *pacta sunt servanda*⁽³⁷⁾ e, por outra banda, funcionar como uma alternativa à fraca cultura indemnizatória dos EM, que não produzia o efeito *desencorajador* necessário⁽³⁸⁾. As EA podem, todavia, evitar esta sanção, se respeitarem os requisitos cumulativos. A título exemplificativo, veja-se o art. 2.º-D, n.º 4 que permite o afastamento da “privação de efeitos” quando: *a)* a diretiva 2004/18 permita a celebração do contrato sem a prévia publicação no JOUE; *b)* a EA tenha publicado um *anúncio voluntário de transparência ex-ante*, nos termos do art. 3.º-A da diretiva; *c)* tenha sido respeitado o período *standstill*. Por último, a instância de recurso independente da EA, depois de uma ponderação dos interesses em causa, poderá considerar que o contrato, mesmo ilegal não será desprovido de efeitos, uma vez que existem

(32) Art. 2.º, n.º 3.

(33) S. TREUMER, 2011: p. 30.

(34) O art. 2.º-D estabelece as situações que deverão ser sancionadas com a “privação de efeitos” do contrato.

(35) C-503/04 *Comissão v Alemanha*, para um análise do caso S. TREUMER, 2011: pp. 22-25.

(36) I. CELESTE FONSECA, 2008: p. 63.

(37) C. BOVIS, 2012: pp. 195-197.

(38) S. TREUMER, 2007: pp. 371 ss.

razões imperiosas de interesse geral⁽³⁹⁾ que exigem a manutenção dos seus efeitos (art. 2.º-D, n.º 3), devendo a instância de recurso, nesse caso, optar por sanções alternativas, tais como a aplicação de sanções pecuniárias à EA ou a redução do contrato (art. 2.º-E, n.º 2)⁽⁴⁰⁾.

(iv) Síntese

Estes novos mecanismos vão além das típicas garantias de recurso impostas pelas primeiras diretivas recursos, porque pretendem introduzir, igualmente, modificações de natureza *substantiva*. Na ótica de D. Pretis⁽⁴¹⁾ este novo alargamento intende formar um verdadeiro *sistema europeu de tutela preventiva*, pautado por características de celeridade e eficácia. Refutando, na nossa humilde opinião, a lógica das primeiras diretivas de requisitos mínimos e criando uma nova lógica de requisitos integradores de um sistema de tutela unitário, fruto de um forte ativismo judicial por parte do TJ⁽⁴²⁾.

2.4. Há vida para além das diretivas recursos?

(i) a problemática dos contratos não abrangidos pelas diretivas 2004/17 e 2004/18

Conforme destacamos, foi a necessidade de garantir a plena aplicação e execução do DUE da contratação pública que justificou o aparecimento das *diretivas recursos*. O seu aparecimento veio fixar de forma expressa requisitos e características de tutela que os EM deveriam sempre observar quando estivessem em causa os contratos abrangidos pelas diretivas 2004/17 e 2004/18. Não

⁽³⁹⁾ O art. 2.º-D, n.º 3 exclui como razão imperiosa de interesse geral o interesse económico diretamente relacionado com o contrato em causa.

⁽⁴⁰⁾ Sobre a transposição desta *sanção* para o ordenamento jurídico português, vide R. CARVALHO, 2011: pp. 51 ss; e N. SOUSA E SILVA/P. CERQUEIRA GOMES, 2012: pp. 57-63.

⁽⁴¹⁾ D. PRETIS, 2010: p. 7.

⁽⁴²⁾ Criticando, em termos generalistas, as frequentes interpretações do TJ além da *letra da lei*, A. ARNULL, 2006: pp. 607, ss.

obstante, urge perguntar se existe alguma imposição de *tutela*, decretada pela UE, quanto aos contratos não abrangidos pelas diretivas 2004/17 e 2004/18.

Segundo D.U. GALLETA, desde o caso *Rewe*⁽⁴³⁾ que o TJ defende que não existe um verdadeiro princípio da autonomia processual dos EM, pois mesmo não existindo instrumentos de direito secundário europeu, os órgãos responsáveis pelos recursos nos EM estão sempre *funcionalizados* à aplicação do DUE. Esta jurisprudência veio fixar dois *requisitos princípios lógicos* que os Estados deveriam sempre garantir quando estivessem em causa *direitos conferidos pelo ordenamento jus-europeu*: (1) proibição de conferir um tratamento menos favorável a direitos da UE do que aquele que é dado pelos EM em casos similares — *princípio da equivalência*; e (2) proibição de os meios disponibilizados pelos ordenamentos jurídicos nacionais tornarem impossível ou extremamente oneroso o exercício de um direito conferido pela União — *princípio da efetividade*⁽⁴⁴⁾. Entendimento, este, consagrado atualmente no art. 19.º, n.º 1 do TUE⁽⁴⁵⁾; e nos arts. 6.º da CEDH e 45.º CDFUE, ambos parte integrante dos Tratados Europeus, segundo o art. 6.º TUE⁽⁴⁶⁾.

Um olhar menos atento ao universo europeu das regras da contratação pública poderia fazer-nos negar a aplicabilidade da jurisprudência *Rewe* aos procedimentos pré-contratuais não abrangidos pelas diretivas, uma vez que seríamos tentados a afirmar que não existiriam mais direitos, de cariz europeu, a tutelar fora dos casos previstos nas diretivas substantivas. Avizinhava-se, portanto, uma total harmonização e coincidência entre os direitos conferidos pelas diretivas e os direitos conferidos pelo ordenamento europeu aos operadores económicos que pretendam fazer parte de um procedimento pré-contratual.

⁽⁴³⁾ C-33/76.

⁽⁴⁴⁾ D. U. GALLETA, 2010: pp. 7-22.

⁽⁴⁵⁾ Acompanhamos aqui a opinião de M. P. CHITTI, 2011:500 quando este realça o art. 19.º do TUE como um elemento probatório crucial para negar a existência de uma verdadeira autonomia processual dos EM.

⁽⁴⁶⁾ A *funcionalização* da autonomia processual prende-se, também, com o facto de a aplicação e execução do DUE estar entregue aos EM, através de um modelo de *execução descentralizada*.

Este último raciocínio apresenta-se, porventura, ilusório e falacioso. Para uma melhor compreensão das razões que nos levam a considerar este raciocínio ferido de premissas falaciosas, torna-se necessário recordar os casos *Telaustria*⁽⁴⁷⁾ e *Coname*⁽⁴⁸⁾ e as Comunicações interpretativas da Comissão em 2006⁽⁴⁹⁾ e 2008⁽⁵⁰⁾. Muito sucintamente esta jurisprudência e Comunicações intentam aclarar que, quando um contrato tiver relevância para o mercado interno⁽⁵¹⁾, o simples facto de o mesmo se encontrar excluído das diretivas da contratação pública⁽⁵²⁾ não dispensa as EA de respeitarem os princípios dos Tratados, nomeadamente o da não-discriminação e igualdade. Ficando, desta forma, as EA vinculadas a uma *obrigação de transparência*. Esta *obrigação de transparência* obrigaria à publicidade da decisão de contratar; a procedimentos pré-contratuais imparciais e não discriminatórios; e a um sistema de recursos apto a conceder uma tutela jurisdicional efetiva. Este entendimento criou bastante contestação entre os EM e alguma doutrina⁽⁵³⁾, chegando mesmo a originar um litígio entre o Estado Alemão e a Comissão⁽⁵⁴⁾. Instau-

⁽⁴⁷⁾ C-324/98.

⁽⁴⁸⁾ C-231/03.

⁽⁴⁹⁾ Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos, 2006/C 179/02.

⁽⁵⁰⁾ Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI), 2008/C 91/02.

⁽⁵¹⁾ Isto é, seja passível de despertar o interesse de outros operadores económicos noutro EM. Este conceito foi densificado na jurisprudência europeia, atente-se ao C-147/06 e C-148/06 *Secap e Santorso v Comune di Torino*, para. 31. E na Comunicação Interpretativa da Comissão de 2006 179/02, ponto 1.3. Analisando o conceito na doutrina internacional, P. TELLES, 2013: pp. 11-14.

⁽⁵²⁾ Art. 17.º da diretiva 2004/18. Na jurisprudência citada, neste ponto, apenas estaria em causa a sujeição das concessões de serviços públicos às regras europeias da contratação pública.

⁽⁵³⁾ Arrowsmith entende que o entendimento do TJ é uma manifesta restrição à liberdade dos EM. Chegando mesmo a alegar que, este entendimento é uma violação do princípio da separação de poderes, dado que o TJ saiu do seu domínio judicial e entrou na esfera legislativa, competência do Parlamento e do Conselho. Por último, também viola o princípio geral de direito europeu da segurança jurídica, S. ARROWSMITH, 2010: 82. Neste sentido ver também S. MARS, 2013: pp. 316 e ss.

⁽⁵⁴⁾ C-258/06. Para uma análise completa do acórdão Z. PETERSON, 2010: pp. 215-220.

rando aquele, sem sucesso, uma ação de anulação com vista a afastar a Comunicação Interpretativa de 2006, onde argumentava que esta Comunicação criava novas obrigações para os Estados quando comparadas com as obrigações típicas que já decorreriam dos princípios do TFUE, violando o princípio da subsidiariedade (art. 5.º, n.º 3 TUE).

Munidos então das premissas essenciais quanto a esta matéria, devemos voltar à questão que mais interessa para o nosso propósito, isto é, se o conjunto garantístico das diretivas recursos deverá *vincular* exclusivamente a contratação pública abrangida pelas diretivas substantivas; ou, se deverá abranger a contratação pública excluída do seu âmbito de aplicação, à luz dos princípios gerais dos Tratados da União.

Tomando uma opção mais maximalista oferece destaque a posição assumida por R. CARANTA⁽⁵⁵⁾. Este assinala que as imposições das diretivas recursos deverão ser aplicadas à maioria da contratação pública, independentemente do facto de se encontrar excluída das diretivas 2004/17 e 2004/18. Para o autor, estamos perante um argumento de *maioria de razão*. Ora, se os princípios da igualdade e não discriminação e a obrigação de transparência se aplicam a todos os procedimentos pré-contratuais em que exista um interesse transfronteiriço certo, a situação em apreço não poderá ter um tratamento distinto. Logo, o facto de existirem princípios gerais da efetividade e da tutela jurisdicional efetiva⁽⁵⁶⁾, desenvolvidos de forma independente da contratação pública, é justificação bastante para obrigar os EM a providenciarem um nível de tutela equivalente aquele presente nas diretivas recurso, para a maioria dos contratos públicos. Em sentido favorável a esta presunção encontra-se a referência feita pela Comissão, na sua Comunicação interpretativa de 2006, à aplicabilidade do princípio da tutela jurisdicional efetiva na contratação excluída⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ R. CARANTA, 2011: pp. 57-60.

⁽⁵⁶⁾ Art. 19.º, n.º 1 do TUE; art. 6.º da CEDH ; art. 45.º CDFUE.

⁽⁵⁷⁾ Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, 2006/C 179/02, ponto 2.3.1; 2.3.2.; e 2.3.3.

Pela nossa parte, acrescentamos, em primeiro lugar, que o grande grupo de contratos excluídos pela diretiva 2004/18, aptos a potenciar um interesse transfronteiriço e, consequentemente, a criar direitos de natureza europeia carecedores de tutela, são, maioritariamente: as concessões de serviços públicos e alguns contratos nos domínios da defesa e da segurança. Atualmente, os primeiros estão em vias de se tornarem abrangidos por normas de direito derivado da união. Deverá entrar em vigor, no início de 2014, a primeira diretiva relativa a concessões⁽⁵⁸⁾. Pode ler-se na primeira versão consolidada⁽⁵⁹⁾ que os arts. 44.º e 45.º operarão uma modificação às atuais diretivas recursos alargando as suas garantias de tutela, também, às concessões de serviços públicos, tornando estéril a problemática anterior quanto a este tipo de contratação pública. No que concerne a alguns contratos no sector da defesa e da segurança a diretiva 2009/81/CE, nos seus arts. 55.º e ss, edifica um sistema próprio de recursos, dado o cariz *especial* que emerge desta tipologia contratual, que, no entanto, se mantém bastante próximo do sistema presente nas diretivas⁽⁶⁰⁾. Esta *inflação* legislativa irá imprimir um maior clima de *segurança jurídica* no ordenamento jurídico europeu tão requerido, nesta sede, pelos EM.

Por fim, perguntar-se-á ainda que tutela conferir aos restantes contratos não abrangidos pelo escopo aplicativo de direito derivado europeu. Entendemos, aqui, que, pese embora a exclusão do âmbito de aplicação das diretivas recurso⁽⁶¹⁾, não existirá, em todo o caso, uma *res nullius* de tutela. Veja-se que os mesmos estão sujeitos ao art. 19.º, n.º 1 do TUE; ao art. 6.º da CEDH⁽⁶²⁾ e ao

(58) Para uma análise da primeira proposta da Comissão, R. WILLIAMS, 2012: pp. 104-15; A. SANCHEZ GRAELLS, 2012: pp. 3-5, este último questiona mesmo a necessidade de um diretiva autónoma quanto às concessões.

(59) Disponível em: <<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2011748%202013%20INIT&r=http%3A%2F%2Fregister.consilium.europa.eu%2Fpd%2Fen%2F13%2Fst11%2Fst11748.en13.pdf>>.

(60) Ver, a propósito, M. TRYBUS, 2013: pp. 135 ss. O autor explicita o porquê de um sistema diferenciado de recursos para este tipo de contratos.

(61) Mormente contratos abaixo dos limiares europeus fixados no art. 7.º da diretiva 2004/18 e no regulamento UE n.º 1336/2013 da Comissão de 13 de dezembro de 2013.

(62) Sobre a concretização do que significa um processo de plena de jurisdição à luz do art. 6.º CEDH, vide M. ALLENA, 2012: pp. 267 ss.

art. 45.º da CDFUE. Na prática torna-se bastante difícil distinguir as exigências decorrentes deste conjunto de artigos, daquelas impostas pelas diretivas recursos, sendo que, por razões de praticabilidade e unidade sistemática de tratamento, julgámos que devem encontrar-se subjugados ao mesmo conjunto garantístico e à mesma instância de recurso.

Se olharmos para a legislação dos diversos EM concluímos que a questão não é pacífica. Estados como França e Itália seguiram uma opção maximalista de tutela alargada à maior parte dos contratos, por outro lado, Reino Unido e Alemanha optaram por um regime minimalista.

(ii) a potencialidade do princípio da efetividade para corrigir imperfeições estruturais do sistema de recursos

Aferir o correto alcance do princípio da efetividade, quando aplicado às diretivas recursos, assume um papel nevrálgico na nossa discussão. Sabemos que, quando aplicado a situações de vazio normativo europeu, a jurisprudência *Rewe* densifica-o como “a proibição de os meios disponibilizados pelos ordenamentos nacionais tornarem impossível ou extremamente oneroso o exercício de um direito conferido pela União”. Questão distinta é a de mensurar o significado deste princípio tendo por referência um quadro normativo de exigências e atos legislativos europeus concretos.

D. PANCHOU⁽⁶³⁾ indica que apesar de o TJ nunca ter contribuído, de forma precisa, para clarificar o verdadeiro sentido do princípio da efetividade nas diretivas recurso, este princípio nunca deveria ser definido segundo a lógica do caso *Rewe*, mas antes da seguinte forma: “*Efetividade significa que as disposições europeias das diretivas recursos deveriam ser implementadas e aplicadas, por forma a garantir a efetividade das normas substantivas da contratação pública, através de uma tutela verdadeiramente cor-*

(63) D. PANCHOU, 2003: p. 73. A autora realça sobretudo a jurisprudência *Alcatel* (C-81/98) como uma oportunidade perdida pelo TJ para densificar o princípio em causa.

retiva e preventiva”(64). Esta interpretação representaria, na visão da autora, um *plus* de tutela absolutamente essencial(65).

Hoje em dia, vemos que o TJ nunca se afastou, formalmente, da definição de efetividade do acórdão *Rewe*. A título de exemplo, cita-se o caso *Comissão v Irlanda*(66) onde no parágrafo 62 se pode ler o seguinte: “*O mencionado objectivo de celeridade não permite aos Estados-Membros abstrair do princípio da efetividade, segundo o qual as regras de aplicação dos prazos nacionais de caducidade não devem ser susceptíveis de tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos que o direito comunitário possa conferir aos interessados, princípio que está subjacente ao objectivo da eficácia do recurso explicitado no artigo 1.º, n.º1, da referida diretiva*”. Noutras decisões a referência ao princípio da efetividade é feita sem qualquer pretensão de aclaração quanto ao seu escopo(67).

Na nossa perspetiva, o facto de estarmos perante um conjunto de normas de DUE, designadamente as diretivas recursos, é fundamento, *per si*, da essencialidade das mesmas como garante de *eficácia* das diretivas substantivas e naturalmente do regular funcionamento do mercado interno, permitindo-nos concluir que o alcance do princípio da efetividade terá, forçosamente, que se apresentar mais forte em situações de *presença normativa* do que em situações de *ausência normativa*.

Contudo, não cremos que seja necessário partir de definição distinta, daquela que foi apurada no caso *Rewe*, para conferir um maior alcance ao princípio da efetividade. Defendemos que esse papel caberá ao TJ, através de uma metodologia puramente casuística. Desta feita, o TJ deverá flexibilizar os conceitos de *impossibilidade* ou *extrema onerosidade* quando as garantias em causa estejam previstas nas diretivas recursos, por forma a assegurar a operacionalidade, individual, de cada *remédio* assegurado pelas

(64) D. PANCHOU, 2003: p. 73. A tradução não é textual e resulta de uma interpretação pessoal do pensamento da autora.

(65) D. PANCHOU, 2003: pp. 72-75.

(66) C-456/08 para. 62.

(67) Exemplificativamente C-406/08, para. 24; C-314/09, para. 39.

mesmas. Importa notar que, na nossa senda, esta flexibilização já é uma realidade — lembre-se o caso *Comissão v Áustria* que originou a futura obrigação de *standstill*⁽⁶⁸⁾.

Isto posto, somos agora levados a questionar-nos se será possível, à luz deste princípio, o TJ forçar um EM a corrigir deficiências estruturais do seu sistema de recurso. Destarte, é possível o seguinte cenário: onde um EM, independentemente do facto de ter transposto as diretivas para o seu ordenamento jurídico, padeça de um conjunto de agentes patogénicos, conexos com a operabilidade e orgânica do seu sistema, nomeadamente, situações de grande morosidade dos tribunais; falta de preparação dos julgadores para lidar com assuntos da contratação pública. Criando, por conseguinte, uma situação de bloqueio dos instrumentos disponibilizados, em abstrato, pelo sistema ou uma total ineptidão para rececionar esses requisitos de tutela.

A maioria da doutrina, com a qual concordamos, refere que a utilização do princípio da efetividade com vista à imposição de mudanças de ordem institucional é uma afronta ao princípio da subsidiariedade (art. 5.º TUE)⁽⁶⁹⁾. No entanto, há que reconhecer que por via *indireta*⁽⁷⁰⁾ o princípio da efetividade pode influenciar mudanças estruturais no sistema de recurso dos EM, sendo paradigmático o exemplo espanhol⁽⁷¹⁾. A necessidade de adequar o regime de recurso espanhol às reivindicações europeias, designadamente a padrões de celeridade do contencioso administrativo aliada a uma condenação no TJ por incumprimento de transposição da diretiva⁽⁷²⁾

(68) Ponto 2.3. (i) do presente texto.

(69) D. PANCHOU, 2003: 77-78; F. SNYDER, 1993: p. 53.

(70) Numa linha argumentativa distinta, mas chegando a uma conclusão similar é interessante transcrever, no original, as palavras de S. MUÑOZ MACHADO, 2009: p. 616 — “*Aunque este (direito europeu) preserva la denominada autonomía institucional de los Estados miembros, para que dispongan con plena libertad de la propia organización de su aparato administrativo, son relativamente frecuentes las normas comunitarias que imponen, directa o indirectamente, criterios de organización que han de ser secundados por los ordenamientos internos*”.

(71) Poderíamos aqui fazer igual menção à Alemanha, Dinamarca, Polónia, Roménia que operaram modificações verdadeiramente estruturais para fazer frente às exigências das diretivas.

(72) C-444/06 *Comissão v Espanha* — O reino de Espanha não detinha um período suspensivo entre a adjudicação e a celebração do contrato, posteriormente designado por

conduziram o legislador espanhol à criação de um conjunto de novas instâncias de recurso, de natureza administrativa, mas dotadas de independência e poderes para-judiciais, designadas por *Tribunales Administrativo Central de Recursos Contractuales*⁽⁷³⁾.

Em suma, quando a *impossibilidade* de exercício de direitos da UE esteja intimamente relacionada com insuficiências estruturais, existe uma necessidade de reflexão e mudança a operar pelos EM. R. CARANTA⁽⁷⁴⁾ realça, com grande perspicácia, o recente papel das entidades administrativas independentes com poderes para-judiciais, como uma solução eficiente, especializada e de baixo custo para os EM com dificuldades em dotar os tribunais judiciais ou administrativos de mecanismos pró-europeus, isto é, verdadeiramente urgentes e efetivos.

3. Os problemas do contencioso pré-contratual público português

Não se pretende, nesta secção, uma análise descritiva dos mecanismos de tutela pré-contratual pública disponibilizados pelo legislador português ou até uma narração exaustiva da transposição das diretivas recursos. Aquilo que almejamos é uma análise seletiva e crítica daquelas enfermidades que, na nossa ótica, geram um maior défice de tutela. Isto dito, somos levados a dividir as patologias do contencioso pré-contratual público em *endógenas* (inerentes aos próprios mecanismos de recurso pré-contratual, particularmente *a falta de um verdadeiro efeito suspensivo automático*) e *exógenas* (relacionadas com aspetos estruturais, externos ao recurso pré-contratual, mas com uma incidência determinante no mesmo, especialmente a morosidade da justiça, falta de sensibilidade do julgador em face da complexidade da disciplina jurídica

standstill na diretiva 2007/66. Para mais detalhes sobre o caso e o processo espanhol de transposição das diretivas, ver J. GIMENO FELIÚ, 2011: pp. 47-108.

⁽⁷³⁾ M. PULIDO QUECEDO, 2010: p. 25

⁽⁷⁴⁾ R. CARANTA, 2011: pp. 83-84.

em causa e, por fim uma fraca cultura indemnizatória verdadeiramente dissuasora).

3.1. Fatores endógenos

3.1.1. A nova lógica *suspensiva* e o regime português

Recorde-se que o legislador europeu, com as alterações providenciadas pela diretiva 2007/66, pretendeu instaurar, definitivamente, uma tutela verdadeiramente antecipatória, privilegiando a utilização de instrumentos jurídicos capazes de corrigir ilegalidades numa fase em que as infrações ainda pudessem ser corrigidas.

Ora, atendendo, quer à natureza do ato de adjudicação como ato administrativo culminante do procedimento adjudicatório⁽⁷⁵⁾ — que comporta uma definição fundamental sobre o concorrente com quem a EA irá contratar e a consequente preterição de outros concorrentes em face do adjudicatário⁽⁷⁶⁾ —, quer à proximidade temporal do mesmo com o ato capaz de criar situações definitivas de facto consumado⁽⁷⁷⁾, isto é, com a outorga do contrato⁽⁷⁸⁾, não é de estranhar que a imposição de um *efeito paralisante automático* seja alocada num momento posterior à decisão de adjudicação. Entendemos, pois, que o ato de adjudicação funciona como *último reduto* da tutela preventiva⁽⁷⁹⁾, uma vez que com a outorga do contrato somos remetidos para o universo da tutela pós-contratual.

(75) B. AZEVEDO, 2010: p. 224.

(76) M. e R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2011: pp. 1008-1009.

(77) C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: p. 290.

(78) Segundo B. AZEVEDO, a outorga do contrato deve ser vista como uma verdadeira formalidade *ad substantiam*, ou seja, a emergência do vínculo contratual entre a EA e adjudicatário só se verifica com a celebração do contrato, salvo as exceções do art. 95.º, n.º 3 do CCP. Com isto o autor não nega o efeito de ato constitutivo de direitos ao ato de adjudicação, mas apenas que o mesmo não é dotado, por si só, da energia bastante para fazer nascer o vínculo contratual, in B. AZEVEDO, 2010: pp. 225-226.

(79) J. GOLDING/P. HENTLY salienta que o próprio TJ, no caso *Comissão v Áustria* (C-212/02), já havia decidido que era após o momento adjudicatório que se deveria seguir o momento da paralisação do procedimento, in J. GOLDING/P. HENTLY, 2008: p. 147.

Em coerência com o exposto compreende-se a existência de um termo suspensivo obrigatório entre a adjudicação e a celebração do contrato (*standstill* — art. 2.º-A da diretiva 2007/66) e o automático prolongamento desse mesmo efeito suspensivo caso o recurso incida sobre o ato de adjudicação, devendo este perdurar até que o órgão responsável pelo recurso decida, em primeira instância, do fundo da causa ou sobre a manutenção e levantamento do efeito suspensivo, após uma ponderação equitativa e igualitária dos interesses em jogo (art. 2.º, n.ºs 3, 4 e 5 da diretiva 2007/66)⁽⁸⁰⁾. Estas medidas operam, em conjunto, para lograr o mesmo objetivo de evitar o fenómeno da *corrida à assinatura do contrato*⁽⁸¹⁾.

Ao contrário do que seria expectável, o DL n.º 131/2010, de 14 de dezembro fracassou no seu intento⁽⁸²⁾. Este DL tinha como propósito transpor para o ordenamento português esta dupla obrigação suspensiva, decorrente da diretiva 2007/66 (art. 1.º DL n.º 131/2010), de 14/12.

(i) *Standstill* — art. 104.º do CCP

A obrigação de *standstill* (art. 104.º/1 al. a) do CCP) exige que o contrato não possa ser celebrado antes de decorridos 10 dias contados da data de notificação da decisão de adjudicação a todos os concorrentes (art. 77.º do CCP). Note-se que este prazo de suspensão já vigorava em Portugal desde 2008, nos arts. 95.º e 104.º do CCP, mas com um conjunto de exceções bastante menos abrangentes do que as atuais. O DL n.º 131/2010, de 14/12, veio ampliar o conjunto de situações onde é possível prescindir deste efeito

⁽⁸⁰⁾ Ponto 2.3. (i) e (ii) do presente texto.

⁽⁸¹⁾ De acordo com E. CHITI ainda existirá uma terceira via suspensiva regulamentada no art. 1.º, n.º 5 da diretiva 2007/66: “*Os Estados-Membros podem exigir que o interessado solicite previamente à entidade adjudicante a alteração da sua decisão. Nesse caso, os Estados-Membros devem assegurar que a apresentação de tal pedido implique a suspensão imediata da possibilidade de celebrar o contrato*”. Não nos debruçaremos sobre as impugnações administrativas (controlo exclusivamente administrativo) no CCP e as suas implicações no plano contencioso. Remetemos para o excelente estudo de A. RAQUEL MONIZ, 2012: pp. 154-158.

⁽⁸²⁾ O DL n.º 131/2010, de 14/12, terá apenas alterado o CCP, olvidando-se que a diretiva 2007/66 também impunha uma modificação do regime contencioso.

paralisante e celebrar o contrato de imediato, isto é, logo após o momento adjudicatório.

A redação inicial do art. 104.º, n.º al. *a*) e *b*) do CCP, apenas permitia o afastamento do período *standstill* quando a escolha do procedimento assentasse num critério de *urgência*⁽⁸³⁾ ou o valor do contrato se situasse abaixo dos limiares europeus⁽⁸⁴⁾. Hoje em dia, a redação do art. 104.º, n.º 2, als. *a*) e *b*) foi modificada, acompanhando textualmente o art. 2.º-B, al. *a*) da diretiva 2007/66, pelo seguinte escrito: “*Não tenha sido publicado anúncio do procedimento no Jornal Oficial da União Europeia*”.

Acompanhamos aqui a perplexidade de M. JOÃO ESTORNINHO⁽⁸⁵⁾ quanto a este alargamento. Na conceção da autora, embora aparentemente em consonância com as exigências da diretiva⁽⁸⁶⁾, o facto de o período de suspensão ser também ele um instrumento de garantia dos princípios fundamentais da atividade concursal administrativa, nomeadamente a legalidade, protecção do interesse público, imparcialidade, transparência e concorrência, deveria justificar uma opção mais restritiva⁽⁸⁷⁾. No entanto, acrescentamos que o Governo deveria ter mantido a redação anterior ao DL n.º 131/2010, de 14/12, porque era, igualmente, aquela que melhor se adequava à *representação* da realidade social nacional. Destarte, num panorama nacional onde as entidades adjudicantes optam 95,9% das vezes por procedimentos de ajuste direto⁽⁸⁸⁾ (não abertos à concorrência), consideramos capital que a maior parte dos mesmos esteja sujeito a um momento de paralisação, dado que isso permitiria uma melhor monitorização de potenciais ajustes diretos ilegais, devendo apenas ficar isentos

(83) Ajuste direto com base num critério material de urgência (art. 24.º, n.º 1, al. *c*)) ou concurso público urgente (art. 155.º do CCP).

(84) Art. 19.º, al. *a*); art. 20.º, n.º 1, al. *a*); art. 21.º, n.º 1, al. *a*) do CCP.

(85) M. JOÃO ESTORNINHO, 2012: p. 407.

(86) Art. 2.º-B, al. *a*) diretiva 2007/66.

(87) M. JOÃO ESTORNINHO, 2012: p. 408.

(88) Relatório do Instituto da Construção e do Imobiliário referente à Contratação Pública em 2011, Quadro 7, p. 27, disponível em: <http://www.inci.pt/Portugues/inci/EstudosRelatoriosSectoriais/EstudosRelatorios%20Sectoriais/RelContr_Pub_2011_final.pdf>.

aqueles contratos que visem a satisfação de necessidades públicas *urgentes*⁽⁸⁹⁾.

Juntamos aos argumentos já expostos uma motivação, agora de carácter europeu. A lógica do direito europeu da contratação pública faz finca-pé no pressuposto de que, mesmo quando a contratação pública se encontra excluída do âmbito de aplicação das diretivas, as entidades adjudicantes estão subordinadas a uma *obrigação de transparência* decorrente dos Tratados, desde que exista um *interesse transfronteiriço*⁽⁹⁰⁾. Todavia, a questão primordial, aqui, é a de saber se o *grau desta obrigação de transparência* poderá obrigar a uma publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE).

Na explicação de A. BROWN⁽⁹¹⁾, o TJ e a Comunicação interpretativa de 2006⁽⁹²⁾ nunca deram uma resposta clara e inequívoca sobre a questão. Atente-se, contudo, que a circunstância de a comunicação da Comissão eleger a publicação no JOUE como uma solução “...*interessante para grandes contratos*” e o facto da AG Sharpston, no caso *Comissão v Finlândia*⁽⁹³⁾ julgar que o *adequado nível de publicidade* haverá de ser determinado pela EA, tendo por referência o *potencial mercado* do contrato em causa, denota que em algumas situações de fronteira será obrigatório publicar no JOUE, por forma a dar cumprimento à obrigação de transparência que decorre do TFUE⁽⁹⁴⁾.

Quanto a nós, as discrepâncias com o DUE não terminam por aqui. Conforme já o dissemos, o período *standstill* e o efeito sus-

(89) Claro que não excluimos a isenção do período *standstill* nas restantes situações previstas no art. 2.º-B da diretiva 2007/66, todavia estas foram corretamente transpostas para o nosso ordenamento jurídico (art. 104.º, n.º 2, c) e d) do CCP), pelo que não merecerão a nossa atenção.

(90) Ver ponto 2.4. (i) do presente trabalho.

(91) A. BROWN, 2010: pp. 171-176.

(92) Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável a adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos, 2006/C 179/02.

(93) C-195/04.

(94) Num sentido discordante C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: pp. 292-203. Os autores saudam o alargamento do DL n.º 131/2010, de 14/12, numa lógica de ponderação dos interesses públicos e privados em jogo nos procedimentos adjudicatórios.

pensivo automático decorrente da impugnação do ato de adjudicação cooperam, entre si, para combater o surgimento de situações de facto consumado decorrentes da *corrida à assinatura do contrato*. Daí não compreendermos a falta de sincronismo entre o final do período de *standstill* e o atual prazo de caducidade de um mês, a contar da notificação, para recorrer à via contenciosa (quer principal — art. 101.º CPTA; quer cautelar — art. 123.º, n.º 1, al. a)⁽⁹⁵⁾ CPTA). Logo, existe um hiato temporal de 20 dias sem carácter suspensivo. Advogados, sem apoio textual na lei, que a *ratio* da diretiva força os EM a uma coincidência entre estes dois períodos para garantir a efetividade dos seus instrumentos de tutela pré-contratual⁽⁹⁶⁾.

(ii) O efeito suspensivo automático decorrente da impugnação do ato de adjudicação

Nenhum dos meios contenciosos disponibilizados pelo CPTA tem a virtualidade de conferir um verdadeiro efeito suspensivo automático decorrente da impugnação do ato de adjudicação. Desta forma, as exigências das diretivas recursos foram transpostas para o nosso ordenamento jurídico através de, por um lado, a consagração de um processo principal urgente (art. 100.º a 103.º CPTA)⁽⁹⁷⁾ e de, por outro lado, um mecanismo cautelar próprio (art. 132.º CPTA)⁽⁹⁸⁾, possuem essa particularidade *paralisante*.

⁽⁹⁵⁾ Quando o processo cautelar tiver por referência contratos não abrangidos pelo art. 100.º do CPTA o prazo estende-se para 3 meses ou um ano (art. 58.º do CPTA). No entanto, não nos debruçaremos sobre esta problemática, pois perfilhamos o entendimento que o carácter de urgência se deveria estender à maioria dos contratos.

⁽⁹⁶⁾ A. MESQUITA NUNES parece propagar uma solução semelhante, *in* A. MESQUITA NUNES, 2009: p. 48

⁽⁹⁷⁾ Exaustivamente na doutrina nacional sobre o tema, entre outros, P. GONÇALVES, 2004: pp. 3-11; P. GONÇALVES, 2007: 3-10; R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2009: p. 3-16; M. AROSO DE ALMEIDA, 2010: pp. 136; 340-344; 408.

⁽⁹⁸⁾ Atente-se que o único critério de atribuição da mesma assenta numa ponderação de interesses semelhante àquela que se encontra prevista no art. 120.º, n.º 2 CPTA (art. 132.º, n.º 6). Em todo o caso concordamos com M. AROSO DE ALMEIDA quando o autor refere que o requisito do *periculum in mora* não se encontra excluído, uma vez que é sempre necessária a existência de uma situação de risco, associada à demora do processo principal. Somente se exclui o *fumus boni iuris* como critério de atribuição (com exceção da situação do art. 120.º, n.º 1, al. a) CPTA), *in* M. AROSO DE ALMEIDA, 2010: p. 490.

Tão pouco a progressiva superação da jurisprudência de 2007 do STA⁽⁹⁹⁾, que negava a aplicabilidade de outros tipos de processos cautelares, tais como a suspensão de eficácia do ato (art. 128.º CPTA) e o decretamento provisório de providências cautelares (art. 131.º CPTA), logra trazer para *bom porto europeu* o contencioso pré-contratual português.

Contrariamente ao pensamento de C. VIANA⁽¹⁰⁰⁾, não vemos no mecanismo de suspensão de eficácia do ato, previsto no art. 128.º, a melhor solução para dar resposta às exigências da diretiva, pese embora aquele garanta um efeito suspensivo automático com a mera interposição do processo cautelar. Enfatizamos aqui a preocupação de M. AROSO DE ALMEIDA⁽¹⁰¹⁾ relativa à falta de jurisdicionalização do art. 128.º CPTA. Segundo este autor, é ainda necessário suprimir o mecanismo de resolução fundamentada⁽¹⁰²⁾, nos termos em que está configurado no número 1 do art. 128.º, por forma a conferir a esta estrutura normativa um sentido verdadeiramente conforme à diretiva. De acordo com o considerando 12 da diretiva 2007/66 o efeito suspensivo só deverá terminar com uma *decisão* definitiva (sobre o fundo da questão) ou provisória/cautelar (relativa ao levantamento ou manutenção da suspensão) por parte da instância responsável pelo recurso, ou seja, a decisão sobre o término do efeito suspensivo não pode ficar a cargo da EA⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁹⁾ Cf. Acórdão de 20 de Março de 2007 (proc. n.º 1191/06) do STA, através do qual o Tribunal sustentando-se em argumentos de ordem, essencialmente, jurídico formal e sistemática rejeitava a aplicabilidade dos arts. 128.º e 131.º do CPTA ao universo de processos cautelares disponíveis no contencioso pré-contratual. Em sentido bastante crítico na doutrina lusa, principalmente, M. AROSO DE ALMEIDA/C. FERNANDES CADILHA, 2010: 880-881; C. VIANA, 2008: pp. 26 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ C. VIANA, 2012: pp. 48-53. A autora congratula-se com o entendimento do TCA sul de 28/10/2010 (proc. 6616/10), contrário ao do STA em 2007, ao alargar o art. 128.º ao universo de providências cautelares disponíveis no recurso pré-contratual cautelar. Considerando este alargamento suficiente para cumprir as imposições da diretiva 2007/66.

⁽¹⁰¹⁾ M. AROSO DE ALMEIDA, 2012: pp. 3-8.

⁽¹⁰²⁾ O art. 128.º, n.º 1, prevê a possibilidade de a entidade demandada emitir uma resolução fundamentada alegando que o diferimento da execução do ato suspenso seria “*gravemente prejudicial para o interesse público*”.

⁽¹⁰³⁾ M. OLAZABAL CABRAL, 2012: p. 47; e C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: p. 309.

No que respeita à insuficiência do art. 131.º do CPTA em satisfazer o requisito imposto pela diretiva concordamos, integralmente, com a posição assumida por C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA⁽¹⁰⁴⁾, quando os mesmos afirmam que: (1) o mecanismo aí previsto não garante um prolongamento do efeito suspensivo automático decorrente do “*standstill*”, que evite a celebração do contrato; e (2) o facto da jurisprudência administrativa se ter revelado bastante restritiva no decretamento provisório de providências cautelares, com base no critério de “*especial urgência*”, torna praticamente impossível os operadores económicos retirarem algum efeito útil deste mecanismo⁽¹⁰⁵⁾.

3.1.2. A contratação excluída do art. 100.º CPTA⁽¹⁰⁶⁾

O processo principal urgente do art. 100.º, n.º 1 CPTA não engloba no seu escopo protecionista todos os procedimentos adjudicatórios de direito público tendentes à celebração de contratos, ficando fora do âmbito objetivo do art. 100.º, n.º 1 CPTA, nomeadamente contratos de parcerias público-privadas institucionalizadas, concessões de serviços públicos, concessão de exploração de jogos de fortuna e azar, contratos originados em procedimentos concorrenciais de formação de atos administrativos, etc.⁽¹⁰⁷⁾. Ora, atendendo ao pensamento expresso no ponto 2.4. (i) onde concluímos que não deveria existir uma discrepância quanto aos níveis de tutela disponibilizados para os contratos abrangidos pelas diretivas e aqueles que não se encontram abrangidos⁽¹⁰⁸⁾, somos forçados a considerar o âmbito objectivo do art. 100.º desconforme com as recentes *tendências* europeístas.

⁽¹⁰⁴⁾ C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: pp. 311-312.

⁽¹⁰⁵⁾ Em sentido contrário, I. CELESTE FONSECA, 2008: p. 69.

⁽¹⁰⁶⁾ Apesar de os meios cautelares disponibilizados pelo CPTA se aplicarem a todos litígios com origem em procedimentos adjudicatórios, consideramos os mesmos insuficientes para garantir uma tutela efetiva e preventiva desejada.

⁽¹⁰⁷⁾ Para uma enumeração completa de todos os contratos excluídos, R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2009: pp. 3-6.

⁽¹⁰⁸⁾ R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2009: p. 6.

3.2. Fatores exógenos

Conforme já fizemos menção existem outros fatores de ordem *estrutural* ou *cultural*, externos ao recurso pré-contratual, capazes de prejudicar a efetividade do contencioso pré-contratual público⁽¹⁰⁹⁾. Procuraremos, em poucas linhas, identificar de forma sumária a situação portuguesa. Lamentando, desde já, a falta de dados estatísticos, mais certos, sobre a prática nos Tribunais, para justificar a nossa linha argumentativa.

No entanto, valendo-nos dos dados *empíricos* expostos por M. OLAZABAL CABRAL⁽¹¹⁰⁾, na qualidade de mandatária, conseguimos recolher as seguintes premissas: (a) o tempo médio de duração de um processo urgente principal, respeitante ao contencioso pré-contratual (art. 100.º CPTA), pode variar entre um a três anos; (b) a duplicação de meios urgentes na disponibilidade dos operadores económicos, designadamente o processo cautelar (art. 128.º; 131.º; 132.º CPTA) e o processo urgente principal (art. 100.º e ss CPTA), ao contrário do que seria expectável, agrava a crise de falta de urgência, pois o juiz tende a não decretar medidas cautelares de natureza suspensiva conduzindo, portanto, à celebração e execução do contrato e com estas se dilui o elemento justificativo de uma tutela urgente (evitar a outorga e execução do contrato); (c) a ponderação de interesses, figura muito desequilibrada levando, na maior parte das ocasiões, ao não decretamento da providência cautelar, porque os interesses dos concorrentes, *máxime* a não celebração do contrato, situam-se, a mais das vezes, num plano de inferioridade em comparação com o suposto interesse público da Administração em celebrar o contrato; (d) a decisão favorável no processo principal aparece num momento em que o contrato já foi celebrado e executado, deixando o autor apenas com a possibilidade de recorrer à via indemnizatória, dado que existirá uma impossibilidade de executar a sentença por causa legítima de inexecução.

⁽¹⁰⁹⁾ Ponto 2.4. (ii).

⁽¹¹⁰⁾ M. OLAZABAL CABRAL, 2012: pp. 39-40.

Do exposto, retiramos dois problemas de índole estrutural:

(i) Morosidade

É inegável que a justiça em Portugal atravessa uma *crise de morosidade crónica*⁽¹¹¹⁾ e que estes atrasos na justiça têm afetado, em grande parte, o contencioso pré-contratual público. É absolutamente incompreensível que os tribunais nacionais demorem entre um a três anos para decidir, a título definitivo, questões do contencioso pré-contratual urgente, completamente ao arrepio das obrigações europeias⁽¹¹²⁾.

Estas exigências de matriz europeia para uma tutela preventiva e urgente⁽¹¹³⁾, já deveriam vigorar, hoje em dia, no plano do direito interno. Isto posto, o legislador nacional quando densifica a dimensão de *direito prestacionalmente dependente* incindível à garantia da tutela jurisdicional efetiva dos administrados (art. 268.º, n.os 4 e 5 CRP) necessitava de ter desenhado, não só um regime legal apto a providenciar um nível de tutela capaz de corrigir as infrações emergentes do procedimento pré-contratual, a título definitivo, num momento em que estas ainda pudessem ser emendadas, como também dotar os tribunais dos meios institucionais e humanos indispensáveis para assegurar este nível de proteção⁽¹¹⁴⁾.

No plano do direito vigente, quer nos parecer que a existência de prazos consideravelmente mais curtos, tais como aqueles pre-

(111) Sintomático do estatuído é a posição recentemente ocupada pelo Estado português no estudo da Comissão Europeia de 2013 intitulado “The EU Justice Scoreboard 2013 — COM (2013)”. Portugal é o EM com menor capacidade em resolver litígios de natureza não criminal de forma célere em comparação com os seus congéneres europeus, onde se incluem os litígios sob a *alçada* dos Tribunais Administrativos e Fiscais (art. 4.º ETAF). Ocorre, igualmente, referir que Portugal tem sido alvo de inúmeras condenações no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos por lentidão processual. Para uma investigação de cariz jurisprudencial, ver R. TAVARES, 2012: pp. 169-181. Na literatura nacional apontando caminhos reformistas para o governo da justiça e atrasos na justiça destacamos as excelentes reflexões de Nuno Garoupa e Conceição Gomes, em N. GAROUPA, 2011; C. GOMES, 2011.

(112) Art. 1.º, n.º 1 diretiva 2007/66 “...as decisões das entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível”.

(113) I. CELESTE FONSECA, 2009: p. 238.

(114) Justificando a dimensão de direito prestacionalmente dependente da garantia de tutela jurisdicional efetiva dos administrados, S. TAVARES DA SILVA, 2010: pp. 127-128.

vistos no art. 102.º, n.º 3 CPTA, se aliados a uma correta tutela cautelar, poderiam porventura estar em consonância com o DUE. Contudo, na prática, aqueles prazos mais exíguos não são respeitados, na nossa opinião, porque existe uma insuficiência de meios institucionais e humanos dos tribunais administrativos e fiscais, responsáveis por resolver estes litígios em primeira instância (art. 4.º, n.º 1, als. b), e) e f) ETAF), acrescida de uma compreensão errada ou incompleta dos interesses que gravitam no contencioso pré-contratual⁽¹¹⁵⁾.

(ii) A indemnização por causa legítima de inexecução⁽¹¹⁶⁾

Não funcionando a via da tutela preventiva somos levados, agora, para o plano indemnizatório, que assume um papel claramente secundário⁽¹¹⁷⁾.

Enganar-se-á quem pense que a regulamentação europeia é completamente omissa quanto às indemnizações a conceder pelas EA. Além da obrigatoriedade de conceder indemnizações (art. 2.º, n.º 1, al. c) diretiva 2007/66), a UE decretou, também, uma flexibilização do nexo de causalidade (art. 2.º, n.º 7 diretiva 92/13)⁽¹¹⁸⁾. Para sermos mais precisos, o elo de ligação entre o evento lesivo e os prejuízos e danos ressarcíveis será aferido segundo um critério de “...possibilidade real⁽¹¹⁹⁾ de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicado por essa violação”⁽¹²⁰⁾.

Apenas queremos realçar que a jurisprudência nacional não tem responsabilizado desta forma as EA, especialmente quando

⁽¹¹⁵⁾ M. OLAZABAL CABRAL, 2012: p. 41.

⁽¹¹⁶⁾ A inserção da cultura indemnizatória no grupo de fatores exógenos deve-se ao facto de esta resultar de uma tendência jurisprudencial errada, ou seja, não é necessário proceder a uma alteração legislativa para modificar esta tendência, mas sim uma mudança comportamental por parte dos juízes.

⁽¹¹⁷⁾ R. CARDONA FERREIRA, 2013: p. 11.

⁽¹¹⁸⁾ Sem prejuízo desta norma se incluir nas diretivas para os setores especiais, ela não deixa de se considerar aplicável a outras entidades adjudicantes por razões de ordem sistemática, E. MEALHA, 2008: p. 111

⁽¹¹⁹⁾ Quanto a este conceito no panorama internacional, ver D. FAIRGRIEVE/ /F. LICHÈRE, 2011.

⁽¹²⁰⁾ P. CERQUEIRA GOMES, 2012: p. 160.

afere do *quantum indemnizatório* nas situações onde existe uma causa legítima de inexecução da sentença (arts. 45.º; 102.º, n.º 5 CPTA; ou arts. 173.º e ss CPTA)⁽¹²¹⁾.

Por outras palavras, em face das dificuldades probatórias⁽¹²²⁾ a maior parte dos interessados não consegue provar que teria sido ele o adjudicatário caso não tivesse ocorrido a ilegalidade⁽¹²³⁾. Deixando o julgador, a maior parte das vezes, entre dois cenários possíveis: (a) o interessado não tinha qualquer hipótese de ser escolhido como adjudicatário; (b) o interessado não consegue provar que deveria ter sido escolhido como adjudicatário, mas também o julgador não consegue afirmar categoricamente que ele não tinha qualquer hipótese de o ser. Em ambas as situações, a jurisprudência concede indemnizações, com base na equidade, somente aptas a reintegrar o direito à legalidade disciplinadora do procedimento pré-contratual⁽¹²⁴⁾, ignorando que na segunda situação também está obrigado a indemnizar o concorrente pelo grau de *possibilidade real* que este tinha na vitória do concurso.

De acordo com M. AROSO DE ALMEIDA⁽¹²⁵⁾, a indemnização pela perda de utilidade da execução da sentença apenas deve compensar na primeira situação o bem imaterial da perda da legalidade procedimental. Pelo contrário, na segunda hipótese, o montante indemnizatório deve refletir a *graduação da proposta* e a *intensidade da possibilidade real* de o concorrente vir a ganhar o concurso, ao contrário do entendimento da jurisprudência que recusa este tipo de indemnização ao abrigo das *causas legítimas de execução*. Ou seja, somente quando a jurisprudência passar a graduar o montante indemnizatório que a EA terá que pagar ao concorrente,

⁽¹²¹⁾ M. AROSO DE ALMEIDA, 2013: p. 15.

⁽¹²²⁾ R. CARDONA FERREIRA é bastante crítico da recusa da jurisprudência em graduar as propostas, em sede indemnizatória, por entender que estão em causa verdadeiros juízos de discricionariedade administrativa, quando na realidade estamos perante uma discricionariedade meramente técnica in R. CARDONA FERREIRA, 2013: pp. 20-22.

⁽¹²³⁾ Nestas situações é pacífico na jurisprudência que o interessado deve ser indemnizado pelo interesse contratual positivo, M. AROSO DE ALMEIDA, 2013: p. 18; R. CARDONA FERREIRA, 2013: p. 18; P. MOTA PINTO, 2010: pp. 288-289.

⁽¹²⁴⁾ M. AROSO DE ALMEIDA, 2013: p. 18.

⁽¹²⁵⁾ M. AROSO DE ALMEIDA, 2013: p. 18.

tendo como critério a *possibilidade real* do mesmo vir a ganhar o concurso é que poderemos vir a ter indemnizações verdadeiramente dissuasoras e capazes de conferir um adequado nível de tutela aos concorrentes⁽¹²⁶⁾.

Pela nossa parte, como já o evidenciamos⁽¹²⁷⁾, é inegável o potencial dissuasor que generosas indemnizações, principalmente por lucros cessantes, conseguiram ter no comportamento das EA. Contudo, na contratação pública, existe um efeito perverso inerente às mesmas. Não podemos esquecer que estas poderão comprometer o *erário público*, afetando a disponibilidade financeira das EA para satisfazer necessidades coletivas futuras, sendo necessário obter um equilíbrio relativamente ao *quantum indemnizatório*⁽¹²⁸⁾, por forma a não provocar situações de autêntica impunidade, mas, também, sem prejudicar de forma excessiva o *erário público*⁽¹²⁹⁾.

3.3. Síntese

O quadro caótico em que o contencioso pré-contratual se encontra obriga a uma reflexão profunda. O facto dos operadores económicos não conseguirem obter um nível efetivo de tutela preventiva não prejudica, exclusivamente, os direitos subjetivos e os interesses legalmente protegidos dos mesmos, mas de igual forma o interesse público.

Este cenário lesa de forma considerável a construção de um verdadeiro *mercado da contratação pública*, uma vez que o *sector privado* vai ter cada vez menos interesse em participar em procedimentos pré-contratuais, porque, na eventualidade de ocorrerem ilegalidades, este sabe que não vai lograr obter qualquer efeito *corre-*

⁽¹²⁶⁾ Remetendo para jurisprudência nacional com indemnizações irrisórias, cf. R. CARDONA FERREIRA, 2013: pp. 11-13.

⁽¹²⁷⁾ Nota de rodapé n.º 12.

⁽¹²⁸⁾ Englobará, forçosamente, aquilo que V. EIRÓ, 2013: p. 544, denomina por *indemnização de mercado* (despesas com a preparação da proposta; participação no procedimento e taxa de justiça) à qual se deverá juntar a indemnização por perda de chance.

⁽¹²⁹⁾ X. ZHANG, 2007: pp. 328-339.

tivo (isto é, tutela antecipatória ou indemnizatória dissuasora) junto dos tribunais. Ora, sem um ambiente concorrencial na contratação pública⁽¹³⁰⁾, capaz de seleccionar os melhores, a tarefa estadual de satisfação das necessidades públicas fica comprometida, especialmente num momento em que a contratação pública é vista, também, como um motor estratégico de promoção de políticas horizontais na UE, nomeadamente através da inovação, promoção de políticas sociais e ambientais⁽¹³¹⁾.

4. Perspetivas de reforma — uma visão de *iure constituendo*

No último capítulo da presente dissertação procuraremos, através de um *óculo de direito comparado*⁽¹³²⁾, traçar um caminho reformista apto a conferir aos candidatos/concorrentes, que participam em procedimentos adjudicatórios, uma verdadeira tutela efetiva.

É facto assente que a conceção europeia de efetividade representa, no plano processual, uma opção deliberada por mecanismos de tutela preventiva⁽¹³³⁾. Nos dizeres de F. CINTOLI⁽¹³⁴⁾, esta opção obriga à criação de instrumentos de natureza adjetiva que permitam garantir a *proteção real* dos bens jurídicos do recorrente, dado que, esta *proteção real* apenas é assegurada caso o concorrente

(130) Na verdade, não podemos ignorar que, o princípio da concorrência na contratação pública funciona como um vetor normativo que garante o princípio da igualdade (art. 266.º, n.º 2 CRP) obrigando EA a utilizar, via de regra, procedimentos abertos, que confirmam a todos os operadores económicos condições de igualdade de acesso e tratamento. Ao que acresce que, sem o valor da concorrência no mercado dos contratos públicos, não seria possível retirar uma eficiência economicista na afetação dos recursos e, consequentemente a prossecução do interesse público ficaria comprometida, P. COSTA GONÇALVES, 2013: pp. 489-494; No mesmo sentido, M. ASSIS RAIMUNDO, 2013: pp. 369-415.

(131) Sobre a utilização da contratação pública para promover políticas horizontais, Estratégia Europa 2020; S. ARROWSMITH/P. KUNZLIK, 2009.

(132) Chamando a atenção do direito comparado como uma ciência jurídica com virtualidades reformistas, C. FERREIRA DE ALMEIDA, 1998: p. 19.

(133) D. PRETIS, 2010: p. 3; F. SAITTA, 2010: para. 7.

(134) F. CINTOLI, 2012: p. 6.

mantenha intacta a possibilidade de vir a celebrar o contrato com a administração⁽¹³⁵⁾. Esta solução reflete, de forma clara, as preocupações que as garantias da concorrência assumem na contratação pública, fruto do advento cada vez mais coincidente entre os interesses do Estado e do mercado.

A existência de um período *standstill*, entre a adjudicação e a outorga do contrato *coligado* com um efeito suspensivo automático, decorrente da impugnação do ato de adjudicação, são os ingredientes fundamentais, escolhidos pelo legislador europeu, para conferir operabilidade a qualquer sistema que se queira verdadeiramente antecipatório. De acordo com a nossa opinião, já expressa neste estudo, a desconformidade do nosso ordenamento jurídico é notória, uma vez que o desenho processual vigente não dá resposta a este tipo de exigências, colocando em causa a garantia da tutela jurisdicional efetiva dos administrados (art. 268.º, n.ºs 4 e 5; art. 2.º e art. 3.º CPTA) que no âmbito do contencioso da contratação pública reivindica uma tutela, principalmente, preventiva, por força de uma *metamorfose* europeísta. Neste sentido, vimos propor a seguinte reforma:

(i) *standstill* — direito a constituir

É necessário que exista um prolongamento do período *standstill* (10 dias — art. 104.º, n.º 1, al. a) CCP), por forma a que este coincida com o atual prazo de caducidade de um mês para impugnar o ato de adjudicação (art. 101.º CPTA; 123.º, n.º 1, al. a). Só assim se

(135) Daí a tutela ressarcitória ser meramente uma via subsidiária. Reflexo desta opção é a decisão do TJ no caso *Alcatel* (C-81/98) “*As disposições conjugadas do art. 2.º, n.ºs 1, alíneas a) e b), e 6, segundo parágrafo, da Directiva 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 fornecimentos e de obras, devem ser interpretadas no sentido de que os Estados-Membros são obrigados, no que diz respeito à decisão da entidade adjudicante, que precede a celebração do contrato, e pela qual esta escolhe o proponente que participou no processo de adjudicação com o qual celebrará o contrato, a prever sempre um processo de recurso que permita ao recorrente obter a anulação da decisão quando as respectivas condições estiverem preenchidas, independentemente da possibilidade de obter indemnizações quando o contrato foi celebrado*”.

conseguirá obter um período suspensivo ininterrupto que evite, verdadeiramente, a assinatura do contrato⁽¹³⁶⁾. Consequentemente, defendemos, tal como no ordenamento jurídico italiano, uma extensão do período de *standstill* para 35 dias⁽¹³⁷⁾. Alternativamente consideramos, similarmente, eficaz a solução espanhola onde o prazo de *standstill* tem a duração de 15 dias apenas, mas o prazo para exercer o direito de ação é reduzido para 15 dias a contar da decisão de adjudicação⁽¹³⁸⁾. Nestes cenários um concorrente que pretenda recorrer à via contenciosa sabe que o contrato não será concluído até que prazo que este dispõe para exercer o seu direito de ação termine.

Quanto às interrogações do período de *standstill* propugnamos uma diminuição das situações elencadas no art. 104.º, n.º 2 CCP, revogando o atual art. 104.º, n.º 2 al. a) CCP: “*Não tenha sido publicado anúncio do procedimento no Jornal Oficial da União Europeia*”, mas mantendo as restantes situações (art. 104.º, n.º 2, als. c) e d) CCP)⁽¹³⁹⁾. Somos apologistas de uma nova redação que apenas englobe situações de *urgência* e não todas aquelas onde não seja exigida publicação no JOUE.

Todavia, note-se que, uma total coincidência com o critério de urgência presente nos artigos 24.º, n.º 1 c) CCP⁽¹⁴⁰⁾ e 155.º CCP⁽¹⁴¹⁾, como acontecia na redação anterior, tornar-se-ia de certa forma restritivo, em face da linha jurisprudencial bastante rígida no preenchimento dos seus fundamentos de utilização⁽¹⁴²⁾. Deste

(136) Claro está que partimos da premissa que existirá um prolongamento do efeito suspensivo automático aquando da impugnação do ato de adjudicação.

(137) Art.11.º, cl. 10, *Codici Appalti*, M. COMBA, 2011: p. 242.

(138) Arts. 310.º, n.º 1 e 314.º n.º 2, LCSP, J. MORENO MOLINA: 2010: p. 20. Apesar de considerarmos que a solução espanhola não acautela corretamente esta situação, pois não *desconta* os dias *perdidos* com a notificação de suspensão do procedimento efetuada pelo órgão responsável do recurso à EA.

(139) 104.º, n.º 2, al. c) “*Se trate da celebração de contrato ao abrigo de acordo quadro cujos termos abranjam todos os seus aspectos ou que tenha sido celebrado apenas com uma entidade*”; art. 104.º, n.º 2, al. d) “*Só tenha sido apresentada uma proposta*”.

(140) Escolha de ajuste direto com base em critérios materiais de urgência.

(141) Escolha de concurso público urgente.

(142) A título de exemplo veja-se a interpretação que os nossos tribunais fazem dos requisitos de utilização do art. 24.º, n.º 1, c) CCP, Ac. do TCA Sul de 21-06-2007, proc. 02613/07; Ac. do TC n.º 27/2010, de 13-07; Ac. do TC n.º 26/2010, de 13-07, Ac. do TC n.º 35/2009.

modo, a nova redação deveria incluir, além das situações estatuídas no art. 24.º, n.º 1, al. c) e art. 155.º, ambos do CCP, também, uma outra que teria dois requisitos de preenchimento cumulativo: (1) a não publicação de anúncio do procedimento no JOUE; e (2) que o atraso na execução do contrato provoque graves danos ao interesse público⁽¹⁴³⁾.

Esta é a solução que melhor se adequaria a uma correta monitorização da realidade concursal pública nacional, sem pôr em causa a *eficiência* da atividade pré-contratual pública, uma vez que o interesse público estaria sempre salvaguardado⁽¹⁴⁴⁾. Aquilo que pretendemos é alargar, ao maior número possível de situações, a monitorização de ilegalidades contratuais pelos operadores económicos. Mais se alega que é este o entendimento que melhor se adequa às necessidades internas e europeias.

Do ponto de vista interno, Portugal assume-se, por um lado, como um dos EM que mais recorre aos ajustes diretos (95,9%) e, por outro lado, como um dos países europeus com pior lugar no *ranking* da luta contra a corrupção⁽¹⁴⁵⁾ — um fenómeno muitas vezes associado a ajustes diretos ilegais.

Do ponto de vista europeu, este raciocínio é mais conforme com DUE, em especial quanto aos contratos não abrangidos pelas diretivas. Nesta linha, o próprio Conselho de Estado francês veio impor, recentemente, que certos contratos abaixo dos limiares europeus e aqueles regulados no Anexo II. B da diretiva 2004/18 (prestações de serviços) deveriam beneficiar de um período de *standstill*⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴³⁾ Solução semelhante ao art. 11.º, cl. 9 *Codici di Appalti* conjugada com o parecer do *Consigli di Stato* n.º 368/2010 que efetua uma interpretação corretiva da norma, in D. PRETIS, 2010: pp. 15-16.

⁽¹⁴⁴⁾ Em sentido contrário, C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: p. 293.

⁽¹⁴⁵⁾ De acordo com os dados recolhidos pela organização internacional mais reputada nesta matéria, denominada *Transparência internacional*, no seu relatório anual (*corruption internacional index*), o Estado português tem uma das piores classificações quando comparado com os seus congéneres europeus, in <http://www.transparency.org/country#PRT_DataResearch>.

⁽¹⁴⁶⁾ F. LICHÈRE/N. GABAYET, 2011: pp. 307-308 — 29 Bis, 19 Janvier 2011, n.º 343435.

(ii) recurso de impugnação do ato de adjudicação — direito a constituir

Quando a impugnação incida sobre o ato de adjudicação, sabemos que o DUE exige que o período de suspensão inicial, imposto pelo *standstill*⁽¹⁴⁷⁾, se prolongue até que a entidade responsável pelo recurso decida, em primeira instância, do fundo da causa ou sobre a adoção de medidas cautelares (art.2.º, n.ºs 3, 4 e 5 diretiva 2007/66). Contudo, nenhum dos meios disponibilizados pelo CPTA consegue alcançar tal desidrato. Aproveitamos, então, esta total desconformidade do ordenamento jurídico nacional para dar ao leitor uma visão de *iure constituendo*.

Não cremos que a adoção de providências cautelares de cariz conservatório — designadamente uma providência cautelar semelhante ao nosso art. 128.º CPTA, mas, desta feita, reformada com critérios de *jurisdicionalidade*⁽¹⁴⁸⁾ — venham a melhorar a falta de tutela preventiva em Portugal. Isto porque, os tribunais administrativos quando confrontados com situações onde têm que ponderar entre, por uma banda, os interesses económicos dos concorrentes e, por outra banda, os prejuízos imateriais da Administração em prosseguir tarefas administrativas que lhe estão funcionalizadas, optam sempre por estes últimos em detrimento dos primeiros. A consequência prática será a outorga do contrato e remessa da pretensão do concorrente para o universo da tutela pós-contratual, dado que o processo principal urgente apresenta, hoje em dia, elevados níveis de morosidade⁽¹⁴⁹⁾. Consideramos, então, que o efeito suspensivo da impugnação do ato de adjudicação se mantenha até à decisão da ação principal, em primeira instância.

Neste contexto, a ação principal, no âmbito do contencioso pré-contratual, terá que ser dotada de *ritmo processual urgente*⁽¹⁵⁰⁾

⁽¹⁴⁷⁾ Atente-se que o efeito suspensivo automático decorrente do ato de adjudicação só é obrigatório nas situações em que seja necessário um período de *standstill*.

⁽¹⁴⁸⁾ Ponto 3.1.1. (ii).

⁽¹⁴⁹⁾ C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: pp. 320-322; M. OLAZABAL CABRAL, 2013: pp. 42-46.

⁽¹⁵⁰⁾ Confirmado pela jurisprudência do TJ nos casos *Universale-Bau AG* (C-470/99 para. 72-74) e *Santex* (C-327/00 para. 50-66); *Uniplex* (C-406/08, para 37-43).

M. RAMAJOLI⁽¹⁵¹⁾ aponta que, a diretiva 2007/66 provocou uma aplicação do princípio da efetividade ao *ritmo do processo*, em especial quando este incida sobre o ato de adjudicação, figurando, hoje em dia, a celeridade no contencioso pré-contratual europeu como um verdadeiro *interesse subjetivo europeu* dos concorrentes que deverá ser tutelado pelos EM.

A título de exemplo veja-se, em termos extremamente sumários, a situação de dois congêneres europeus quando a impugnação recai sob o ato de adjudicação:

- a) Espanha — o recurso especial em matéria de contratação pública edificado, recentemente, pelo legislador espanhol (arts. 46.º e 47.º da TRLCSP), impõe que o julgador resolva do fundo da questão em 5 dias úteis. Tendo o recurso a duração média de 15 a 25 dias, desde que entra na esfera da entidade responsável pelo recurso⁽¹⁵²⁾, ficando o recurso, em primeira instância, a cargo de uma entidade administrativa independente com poderes para-judiciais (*Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*).
- b) Dinamarca — aqui o sistema de recursos é extremamente eficaz⁽¹⁵³⁾, apesar de assente em providências cautelares, o processo possui uma duração média de 30 dias (art. 12.º do *Act of enforcement of the Public Procurement Rules*)⁽¹⁵⁴⁾. Estando o recurso, igualmente, a cargo de uma entidade administrativa independente com poderes para-judiciais (*Complaints Board for public procurement disputes*).

Esta jurisprudência foi encontrada em L. RICHER, 2009: pp. 342-343 e em M. RAMAJOLI, 2010: p. 122, nota 1.

⁽¹⁵¹⁾ Apoiando-se no considerando 25 da diretiva 2007/66 a autora explica que a presença da expressão segurança jurídica indicia uma preferência clara por um processo principal ultra urgente, in M. RAMAJOLI, 2010: p. 124.

⁽¹⁵²⁾ J. LIZARRAGA, 2010: pp. 39-44.

⁽¹⁵³⁾ Vale a pena transcrever a expressão de S. TREUMER no original “(Complaints Board for public procurement disputes) is actually so eficiente that many practitioners and politicians considered to be too eficiente which allegedly makes many contracting entities hesitate to tender out”, in S. TREUMER, 2011: p. 225.

⁽¹⁵⁴⁾ S. TREUMER, 2011: 262; S. POULSEN/P. JAKOBSEN/S. HJELMBORG, 2012: pp. 537, ss.

Conforme resulta dos exemplos demonstrados os EM providenciam prazos de decisão extremamente exíguos⁽¹⁵⁵⁾. Ora, Portugal, por motivações de ordem orgânica, *máxime* a morosidade dos tribunais e falta de especialização e preparação dos juízes, nunca conseguirá atingir um patamar de celeridade processual equivalente.

Concluímos, portanto, que os tribunais administrativos não se encontram aptos a resolver litígios de natureza pré-contratual, em primeira instância. Tão pouco nos parece suficiente a proposta de revisão do CPTA⁽¹⁵⁶⁾ que, pese embora preveja a existência de um efeito suspensivo automático, quer no âmbito da ação principal, quer no âmbito da ação cautelar, não será capaz de fazer os julgadores cumprirem os exíguos prazos de decisão e efetuarem uma correta ponderação de interesses em jogo. Não caímos, assim, na tentação, resultante de uma certa tendência legislativa, de propor a criação de um tribunal de competência especializada⁽¹⁵⁷⁾, porque se assume praticamente impossível, no nosso quadro constitucional e legislativo, responsabilizar magistrados pelo desrespeito de eventuais prazos processuais urgentes ditados pelo legislador português. A solução passará pela arbitragem necessária ou por um órgão administrativo independente com poderes para-judiciais.

Ambas as soluções são compatíveis com o nosso ordenamento constitucional que não exige um *duplo grau de jurisdição*. Quando não estão em causa direitos liberdades e garantias, o direito de acesso aos tribunais (art. 20.º CRP) apenas obriga a um *grau de jurisdição*⁽¹⁵⁸⁾. É, igualmente pacífico, entre nós, que, por um lado, não vigora em Portugal uma reserva de jurisdição estadual no que concerne aos litígios que envolvam a Administração

⁽¹⁵⁵⁾ O ordenamento jurídico francês é um dos poucos exemplos onde existe uma grande preocupação por parte dos juízes em dirimir, num curto espaço de tempo, os litígios pré-contratuais (*réfère précontractual*) cf. F. D'ANGELO, 2012: pp. 355 ss; O. DORCHIES, 2010: pp. 4-22; F. LICHÈRE/N. GABAYET, 2011: pp. 299-355.

⁽¹⁵⁶⁾ Disponível em <<http://www.portugal.gov.pt/media/1352316/20140225%20mj%20prop%20lei%20cpta%20etaf.pdf>>.

⁽¹⁵⁷⁾ A lei n.º 46/2011, de 24 de Junho que criou os tribunais de competência especializada para a regulação, concorrência e supervisão e propriedade intelectual.

⁽¹⁵⁸⁾ J. VIEIRA DE ANDRADE, 2012: pp. 146-147; J. MIRANDA/R. MEDEIROS, 2010: p. 418.

Pública⁽¹⁵⁹⁾ e, por outro lado, que é possível criar entidades administrativas independentes com poderes para judiciais (art. 267.º/3 CRP)⁽¹⁶⁰⁾.

Em conclusão, é possível submeter a resolução de litígios pré-contratuais, em primeira instância, à arbitragem necessária ou a órgãos administrativos independentes com poderes para-judiciais, desde que seja possível recorrer para os tribunais das suas decisões e aqueles respeitem as restrições da diretiva (art. 2.º/9 diretiva 2007/66).

4.1. Arbitragem necessária e institucionalizada vs entidade administrativa com poderes para-judiciais

Podemos definir arbitragem necessária como uma técnica de composição jurisdicional de litígios em que a resolução de certos litígios é cometida a um ou mais particulares (árbitros), por determinação legal, estando vedado o acesso aos tribunais, em primeira instância⁽¹⁶¹⁾. Podendo esta arbitragem ser institucionalizada ou *ad hoc*. A vertente que nos interessa, para este ponto, é a institucionalizada. Na arbitragem institucionalizada a resolução do diferendo fica a cargo de uma instituição especializada de carácter permanente à qual as partes se dirigem para o dirimir⁽¹⁶²⁾.

As vantagens inerentes à técnica arbitral para fazer frente a pretensões mais complexas que os tribunais não conseguem dar resposta são massivamente conhecidas⁽¹⁶³⁾, daí o seu putativo potencial para combater os óbices do contencioso pré-contratual português, no que toca à celeridade da decisão e especialização dos árbitros.

⁽¹⁵⁹⁾ M. AROSO DE ALMEIDA, 2012a: p. 210. De acordo com o art. 209.º, n.º 2 CRP os tribunais arbitrais encontram-se expressamente previstos como alternativa à jurisdição administrativa.

⁽¹⁶⁰⁾ G. CANOTILHO, 2003: p. 517.

⁽¹⁶¹⁾ M. P. BARROCAS, 2010: p. 89.

⁽¹⁶²⁾ J. ESQUÍVEL, 2004: p. 117. Na arbitragem administrativa institucionalizada destaca-se o papel desenvolvido pelo CAAD, N. VILLA-LOBOS/M. BRITO VIEIRA, 2010.

⁽¹⁶³⁾ Não podemos deixar de remeter para os estudos extraordinários de A. SHAVELL, 1995: pp. 1-29; H. BROWN/A. MARRIO, 2011: pp. 1-666; M. L. MOSES, 2008: pp. 1-239.

Atualmente não é possível submeter os litígios decorrentes dos procedimentos pré-contratuais, quer à arbitragem voluntária (art. 180.º CPTA), quer institucionalizada (art. 187.º CPTA)⁽¹⁶⁴⁾, pois o legislador ainda não terá tomado essa opção. Note-se que, a admissibilidade da arbitragem em matéria administrativa não resulta de um critério geral, único patente na LAV, mas, sim, de opções casuísticas do legislador administrativo⁽¹⁶⁵⁾. Todavia, a Lei n.º 3-B/2010, de 28/04, no seu art. 128.º, n.º 3, als. i) e j), continha uma autorização legislativa, entretanto caduca, que previa alargar a arbitragem voluntária e institucionalizada ao contencioso pré-contratual⁽¹⁶⁶⁾. Na visão do legislador estas medidas e outras constantes no mesmo artigo iriam *concluir* a transposição da diretiva 2007/66 para o ordenamento português. Na nossa humilde opinião, a presente solução não seria uma alternativa viável.

Primus, o facto da arbitragem não ser necessária prejudica a sua qualificação como um órgão jurisdicional nacional⁽¹⁶⁷⁾ e, por conseguinte, anula a sua capacidade de reenvio prejudicial (art. 267.º TFUE). É sabido que a matéria da contratação pública sofre inúmeras restrições e imposições da UE, daí acharmos conveniente manter aberta a possibilidade de reenvio.

Secundus, merece menção o caso polaco. Até 2007 o sistema de recursos polaco, em matéria pré-contratual pública, determinava que em primeira instância os litígios eram dirimidos por um órgão de arbitragem institucionalizada e necessária (*arbitration board*). No entanto, este sistema revelou-se insuficiente, uma vez que existia uma enorme instabilidade e diversidade jurisprudencial, resultado de um número bastante vasto de árbitros selecionáveis. Além disso, a própria qualidade dos árbitros não era a mais indicada, sendo necessário partir para a sua especialização. Traçado este cenário, o legislador polaco em 2007 criou um órgão administrativo independente com poderes para-judiciais, onde os

⁽¹⁶⁴⁾ Num sentido divergente, A. PRETELO OLIVEIRA, 2010: pp. 131 e ss; R. RELVAS VENTURA, 2011: pp. 235-277.

⁽¹⁶⁵⁾ M. AROSO DE ALMEIDA, 2012b: p. 9.

⁽¹⁶⁶⁾ M. AROSO DE ALMEIDA, 2012b: p. 24.

⁽¹⁶⁷⁾ M. FONTAINE CAMPOS, 2012: pp. 188-190.

juizadores têm que prestar provas num exame equivalente ao que é feito para a magistratura, tendo, inclusive, um regime muito próximo da magistratura, por forma a garantir a sua independência⁽¹⁶⁸⁾. Os resultados deste órgão têm sido bastante satisfatórios e eficazes, segundo G. LANG. Por último, esta órgão preenche o *status* de órgão jurisdicional da UE (art. 267.º TFUE), reconhecido pelo TJ no caso *Forposta*⁽¹⁶⁹⁾.

Em suma, tão-pouco se torna viável a via da arbitragem necessária e institucionalizada. A solução mais correta passará pela criação de órgão administrativo independente com poderes para-judiciais.

Se nos munirmos de *aquele óculo de direito comparado* é inegável o importante papel que este tipo de entidades têm vindo a alcançar na UE. Alerta-se, contudo, que não estamos aqui a defender a criação de uma entidade *reguladora* com poderes para-judiciais para a contratação pública⁽¹⁷⁰⁾. Buscamos somente a criação de órgão administrativo independente com poderes para-judiciais, sem poderes regulatórios, capaz de dirimir litígios com base na lei.

Na Europa os níveis de efetividade destes órgãos são notoriamente reconhecidos. Desde a Alemanha⁽¹⁷¹⁾, Dinamarca⁽¹⁷²⁾, Espa-

⁽¹⁶⁸⁾ G. LANG, 2013: pp. 136-139.

⁽¹⁶⁹⁾ C-465/11.

⁽¹⁷⁰⁾ A temática da *entidade reguladora* não é desprovida de interesse. A própria proposta da Comissão para uma nova diretiva do Parlamento e Conselho de 20 de Dezembro de 2011, relativa à contratação pública previa nos seus arts. 83.º e 84.º a criação de uma entidade reguladora para a contratação pública com poderes de supervisão e controlo dos procedimentos pré-contratuais. Na apreciação da Comissão esta entidade teria um papel fulcral na melhoria dos procedimentos adjudicatórios e iria diminuir drasticamente o número de ilegalidades procedimentais. No entanto, a proposta não passou nas negociações com o Conselho por alegada violação do princípio da subsidiariedade, P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ/R. FERNÁNDEZ AACEVEDO, 2013: pp. 317-318. Cremos que seria um bom complemento para a efetividade da contratação pública se Portugal, independentemente de regulamentação europeia, avançasse para a criação desta entidade reguladora sem poderes para-judiciais. O InCI, teoricamente com a *alçada* da regulação da contratação pública, não tem obtido resultados dissuasores visíveis. O modelo italiano, em teoria, parece-nos ser mais eficaz — *A Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in S. PIGNATARO, 2010: pp. 5-232.

⁽¹⁷¹⁾ M. BURGI, 2011: pp. 111-112 (para. 104 II GWB); L. HORN, 2014: pp. 1-8.

⁽¹⁷²⁾ S. TREUMER, 2011: p. 262; S. POULSEN/P. JAKOBSEN/S. HJELMBORG, 2012: pp. 537, ss.

nha⁽¹⁷³⁾, Polónia⁽¹⁷⁴⁾ e Roménia⁽¹⁷⁵⁾, todos eles possuem órgãos administrativos independentes, ou seja, não jurisdicionais, com competência para julgar litígios da contratação pública.

De acordo com M. P. CHITTI⁽¹⁷⁶⁾, aquilo que varia entre eles é o grau de independência e o sistema de nomeação e poderes dos julgadores. Os requisitos impostos, pela diretiva 2007/66, para a criação destes órgãos, são bastante parcos. Veja-se que diretiva apenas requer que o órgão seja: *a)* independente da EA; *b)* independente da *orgânica administrativa* do EM; *c)* respeite os requisitos do art. 2.º, n.º 9, diretiva 2007/66; *d)* respeite o princípio do contraditório; *e)* e as suas decisões sejam juridicamente vinculantes⁽¹⁷⁷⁾. Segundo o autor, a diretiva criou uma nova categoria de autoridade administrativa independente, distinta das entidades reguladoras, porque irá deter características de *independência* mais fortes.

Concluimos que esta solução será a mais acertada para Portugal. A nível constitucional a sua criação encontrará abrigo no vasto art. 267.º, n.º 3 CRP e baseando-nos nas experiências e resultados satisfatórios noutros EM, será aquela que melhor acautelará as exigências de tutela preventiva no contencioso pré-contratual, sendo, na nossa humilde opinião, uma situação clara onde o princípio da efetividade da UE, obrigará Portugal, por via indireta, a adotar uma mudança estrutural no sistema de recursos, dependendo a efetividade desta solução de aspetos sob os quais, infelizmente, não nos podemos deter, designadamente: o grau de independência do órgão; os mecanismos de recurso disponíveis; cumprimento de prazos de decisão; os poderes, nomeação e grau de especialização dos julgadores.

⁽¹⁷³⁾ MOLINA, 2010.

⁽¹⁷⁴⁾ G. LANG, 2013: pp. 136-139.

⁽¹⁷⁵⁾ D. DRAGOS/B. NEAMTU/R. VELISCU, 2011: pp. 156-166.

⁽¹⁷⁶⁾ M. P. CHITTI, 2010: p. 163.

⁽¹⁷⁷⁾ M. P. CHITTI, 2010: p. 164.

5. Conclusão

No presente trabalho concluímos que, a UE obriga os EM a construírem um sistema de recursos pré-contratual que privilegie a utilização de mecanismos de tutela preventiva. É opinião do legislador europeu que esta é a única forma de conseguir assegurar a efetividade do direito europeu da contratação pública. Mais se concluiu que para os EM cumprirem esse objetivo é essencial, por um lado a correta aplicação de um período *standstill* aliada a um efeito suspensivo automático decorrente da impugnação do ato de adjudicação, e por outro lado, a existência de um recurso pautado por características de celeridade processual.

É por demais evidente a desconformidade do ordenamento jurídico português para cumprir estas exigências de cariz europeísta. Deste modo, urge uma reforma legislativa de fundo. Assim, através de uma análise das soluções contempladas por outros EM traçamos um caminho reformista, baseado nas seguintes propostas: *a)* uma coincidência entre o período *standstill* e o prazo de caducidade para os candidatos/concorrentes exercerem o direito de acção; *b)* uma diminuição das exceções ao período *standstill*; *c)* a adopção de um recurso urgente, com prazos de decisão céleres, quando esteja em causa a impugnação do ato de adjudicação; *d)* a criação de órgão administrativo independente com poderes para-judiciais para dar *abrigo* a este novo mecanismo de recurso *ultra célere*.

Utilizando um vocábulo que, agora, nos é deveras caro estes poderão ser os primeiros *passos* para o contencioso pré-contratual público sair da sua *crise*.

Bibliografia

A) Monografias e artigos de revista

- ALLEN, MIRIAM, “L’ art. 6 CEDU come parâmetro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all’ interno degli stati membri dell’ unione europea”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.º 2, 2012, pp. 267-299.
- ANDRADE VIEIRA, JOSÉ CARLOS, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra 2012.
- ARNOLD, A., *The European Union and its Court of Justice*, 2.ª ed., 2006.
- AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, “Art. 128.º do CPTA: realidades e perspectivas”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 93, 2012, pp. 3-8.
- _____, “Ilegalidades pré-contratuais, impossibilidade de satisfazer a pretensão do autor e indemnização indevida”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 98, 2013.
- _____, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra 2010.
- _____, “Tópicos sobre o problema do âmbito subjetivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de Direito Administrativo”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial — Intervenções*, Almedina, Coimbra 2012(a), pp.209-221.
- _____, “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Almedina, Coimbra 2012(b), pp. 9-26.
- AROSO DE ALMEIDA/FERNANDES CADILHA, MÁRIO/CARLOS, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- ARROWSMITH, SUE, *EU Public Procurement — an introduction*, 2010, disponível em <<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asia-linkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>>, consultado em 16-12-2013.
- _____, *Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules. Public Procurement in the European Community*: Vol. IV., Winteringham: Earlsgate Press, 1993.
- _____, “Modernising the EU’s Public Procurement Regime: a Blueprint for Real Simplicity and Flexibility”, *Public Procurement Law Review*, 21, 2012, pp. 71 e ss.

- ARROWSMITH/KUNZLIK, SUE/PETER, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law New Directives and New Directions*, Cambridge, 2009.
- ASSIS RAIMUNDO, MIGUEL, *A Formação dos Contratos Públicos — uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisboa, 2013.
- AZEVEDO, BERNARDO, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública — II*, org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 224-271.
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2010.
- BOVIS, CHRISTOPHER, “Access to Justice and Remedies in Public Procurement”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n.º 3, 2012, pp. 195-202.
- BROWN, ADRIAN, “EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives”, *Public Procurement Law Review*, 5, 2010, pp. 169-181.
- BROWN, HENRY/MARRIOT, ARTHUR, *ADR: Principles and Practice*, third edition, Sweet & Maxwell, 2011.
- BURGI, MARTIN, “EU Procurement Rules — A report about the German Remedies System”, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen, 2011, pp. 105-153.
- CANOTILHO, GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- CARANTA, ROBERTO, “Many Different Paths, but Are All Leading to Effectiveness”, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen 2011, pp. 53-92.
- CARDONA FERREIRA, RUI, “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 97, 2013.
- CARVALHO, RAQUEL, “O regime de invalidade derivada nos contratos administrativos. Da alteração operada pela transposição da Directiva 2007/66/CE”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, 2011, pp. 51-70.
- CELESTE FONSECA, ISABEL, “A directiva (recursos) n.º 2007/66/CE: o reforço da efectividade do contencioso pré-contratual: what else?”, *Revista Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2008.

- _____, “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, pp. 501-535.
- _____, *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- CERQUEIRA GOMES, PEDRO, “O conceito de possibilidade real no regime da responsabilidade extracontratual do estado”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 21, 2012, pp. 159-167.
- CHITI, EDOARDO, “Directive 2007/66 and the Difficult Search for Balance in Judicial Protection Concerning Public Procurements”, *Italian Journal of Public Law*, n.º 1, 2010, pp. 125 e ss.
- CHITI, MARIO, *Diritto Amministrativo Europeo*, 4.^a ed., Giuffrè Editore, Milão, 2011.
- _____, “Le Misteriose “Sanzioni Alternative” nella Direttiva Ricorsi Appalti ed I Limiti Dell’Ingerenza Dell’Unione Europea Nel Diritto Processuale”, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in europa*, cura di G. Greco, Giuffrè Editore, Milão 2010, pp. 158-180.
- CIONTIOLI, FABIO, “Le Innovazioni Del Processo Amministrativo Sui Contratti Pubblici (Ancora in Difesa Del Processo di Parti)”, *Diritto Processuale Amministrativo*, n.º 1, 2012, pp. 3-45.
- COMBA, MARIO, “Enforcement of EU Procurement Rules — The Italian System of Remedies”, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen, 2011, pp. 235-254.
- COSTA GONÇALVES, PEDRO, “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)”, in *Estudos de Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2012.
- D’ANGELO, FLAMINIA, “Il recepimento della direttiva ricorsi 2007/66/CE, in Francia ed Italia”, *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.º 2, 2012, pp.349-271.
- DE KONINCK E FLAMEY, CONSTANT E PETER, *European Public Procurement Law Part II — Remedies*, Wolters Kluwer, 2009.
- DE MARS, SYLVIA, “The limits of general principles: a procurement case study”, *European Law Review*, 38(3), pp. 316-334.
- DE NICTOLIS, ROSANNA, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, 2010, disponi-

- vel em <http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010_7_DENICTOLIS_Il_recepimento_direttiva.htm>, consultado a 14-11-2013.
- DE PRETIS, DARIA, “Il sistema della protezione preventiva”, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in europa*, cura di G. Greco, Giuffrè Editore, 2010, pp. 3-45.
- DORCHIES, OLIVER, “Recursos jurisdiccionales especiales en matéria de contratación pública: el modelo francés”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2010, pp. 1-22.
- DRAGOS, DACIAN/NEAMTU, BODGANA/VELISCU, RALUCA, “Remedies in Public Procurement in Romania”, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen, 2011, pp. 155-200.
- EIRÓ, VERA, *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes — fundamentos e pressupostos*, Almedina, Coimbra, 2013.
- ESQUÍVEL, JOSÉ LUÍS, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2004.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO e RODRIGO, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, Coimbra, 2011.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO, “O contencioso urgente da contratação pública”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 78, 2009, pp. 3-16.
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO, “A recente transposição da Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro, no ordenamento jurídico português”, *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 1, 2011, pp. 21-30.
- _____, *Curso de Direito dos Contratos Públicos — por uma contratação pública sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012.
- FAIRGRIEVE/LICHÈRE, DUNCAN/FROINÇOIS, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart Publishing, 2011.
- FERNANDES CADILHA/CADILHA, CARLOS/ANTÓNIO, *O Contencioso Pré-Contratual e o Regime de Invalidade dos Contratos Públicos*, Almedina, 2013.
- FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- FONTAINE CAMPOS, MANUEL, “Princípio da Uniformidade na Interpretação e Aplicação do Direito da União”, in: *Princípios Fundamentais de*

- Direito da União Europeia — uma abordagem jurisprudencial*, coord. Sofia Oliveira Pais, 2.^a ed., Almedina, Coimbra 2012, pp. 177-217.
- GALLETA, DIANA-URANIA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Springer, 2010.
- GAROUPA, NUNO, *O Governo da Justiça*, Fundação Manuel dos Santos, Lisboa 2011.
- GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARIA, *Reformas Legales de la ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: Alcance y Efectos Practicos*, Civitas ediciones, 2011.
- GOLDING e HENTY, JANE e PAUL, “The new Remedies Directive of the EC: standstill and ineffectiveness”, *Public Procurement Law Review*, 3, 2008, pp. 146-154.
- GOMES CANOTILHO/MOREIRA, JOSÉ/VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, arts. 108.º a 296.º, Coimbra Editora, 2010.
- GOMES, CONCEIÇÃO, *Os Atrasos da Justiça*, Fundação Manuel dos Santos, Lisboa 2011.
- GONÇALVES MONIZ, ANA RAQUEL, “As Peças do Procedimento (Algumas Reflexões)”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 80- 179.
- GONÇALVES, PEDRO, “Contencioso administrativo pré-contratual”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 44, 2004, pp. 3-11.
- , “Avaliação do regime jurídico do contencioso pré- contratual urgente”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 62, 2007, pp. 3-10.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, “La normativa europea procesal de contratación pública y el sistema actual de recursos contractuales”, *Revista Documentación Administrativa*, n.º 288, 2010, pp. 43-63.
- HORN, LUTZ, “GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten — Germany”, in Julian Ellison/ Laure Baudrihay (editors), *The International Comparative Legal Guide to Public Procurement 2014*, 6.th Edition, Global Legal Group, pp. 70-77.
- LANG, GRZEGORZ, “From Slow and Simple to Rapid but Complex Remarks on the Evolution of the Polish Remedies System”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n.º 2, 2013, pp. 132-142.
- LICHÈRE/GABAYET, FRANÇOIS/NICOLAS, “Enforcement of the Public Procurement Rules in France”, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen, 2011, pp. 299-329.

- LIZARRAGA RAZQUIN, JOSÉ ANTÓNIO, “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la ley de contratos del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 25, 2010, pp. 1-54.
- M. RACCA, GABRIELLA, “Derogations from standstill period, ineffectiveness and remedies in the new tendering procedures: efficiency gains vs. risk of increasing litigation, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen, 2011, pp. 95-103.
- MEALHA, ESPERANÇA, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos”, *Julgar*, n.º 5, 2008.
- MESQUITA NUNES, ADOLFO, “Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da directiva 2007/66/CE”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, 2009, pp. 35-54.
- MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO “La Ley 34/2010 y La Adaptación en España del Derecho de La Unión Europea en Materia de Recursos en los Procedimientos de Adjudicación”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 25, 2010.
- MOSES, MARGARET, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008.
- MOTA PINTO, PAULO, “Responsabilidade por violação de regras de concurso para celebração de um contrato (em especial o cálculo da indemnização)”, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Coimbra, 2010, pp. 273-295.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho public general III. La organización territorial del Estado. Las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2009.
- OLAZABAL CABRAL, MARGARIDA, “Processos urgentes principais — Em especial, o contencioso pré-contratual”, n.º 94, 2012, pp. 38-48.
- PACHNOU, DESPINA, *The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules: a case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece*, Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, March 2003.
- PETERSON, ZSOFIA, “Below-threshold contract awards under EU primary law: Federal Republic of Germany v Commission (T-258/06) — case comment”, *Public Procurement Law Review*, 6, 2010, pp. 215-220.
- PINGATARRO, SERGIO, *L'Authority di vigilanza nel codice dei contratti pubblici*, Seconda Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, Bari 2010.

- POULSEN, SUNE TROELS/JAKOBSEN, STIG PETER/KALSMOSE-HJELMBORG, SIMON EVERS, *Eu Public Procurement Law*, 2.^a ed., Djof Publishing, Copenhagen, 2012.
- PRATA ROQUE, MIGUEL, *Direito Processual Administrativo Europeu*, Coimbra Editora, 2011.
- PRESTELO OLIVEIRA, ANA, “Da arbitragem administrativa à arbitragem fiscal: notas sobre a introdução da arbitragem em matéria tributária”, in Nuno de Villa-Lobos/Mónica Brito Viera, *Mais justiça administrativa e fiscal — Arbitragem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 131 e ss.
- PULIDO QUECEDO, MANUEL, *El Nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Thomson Reuters, 2010.
- RAMAJOLI, MARGHERITA, “Il Processo in Materia di Appalti Pubblici da Rito Speciale a Giudizio”, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in europa*, cura di G. Greco, Giuffrè Editore, Milão, 2010, pp. 121-156.
- RELVAS MOREIRA, RAÚL, “A Arbitrabilidade Autónoma dos Actos Procedimentais de Formação de Contratos Públicos”, in *Themis*, n.º 20/21, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 235-277.
- RICHER, LAURENT, *L'Europe des Marchés Publics*, LGDJ, 2009.
- SAITTA, FABIO, “Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE”, disponível em <http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010_5_Saitta_Contratti_giurisdizione_e_direttiva.htm>.
- SANCHEZ GRAELLS, ALBERT, “What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?”, *European Procurement & Public Private Partnership*, 2, 2012, pp. 94-104.
- SHAVELL, STEVEN, “Alternative Dispute Resolution — an economic analysis”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. XXVI, 1995, pp. 1-28.
- SNYDER, FRANCIS, “The effectiveness of european community law: institutions, processes, tools and techniques”, *Modern Law Review*, Vol. 56, 1993, pp. 19-56.
- SOUSA E SILVA e CERQUEIRA GOMES, NUNO e PEDRO, “Invalidades Contractuais no CCP — Visita de Estudo”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 21, 2012, pp. 43-72.

- TAVARES DA SILVA, SUZANA, “Revisitando a garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados (algumas notas)”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 5, 2010, pp. 127-139.
- TAVARES, RAQUEL, *Portugal no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – jurisprudência seleccionada*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012.
- TELLES, PEDRO, “The Good, the Bad and the Ugly: EU’s Internal Market, Public Procurement Thresholds and Cross-Border Interest”, *Public Contract Law Journal*, Vol. 43, 2013, pp. 3-25.
- TREUMER, STEEN, “Enforcement of the EU Public Procurement Rules: The State of Law and Current Issues” in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen, 2011, pp. 17-49.
- _____, “Enforcement of the Public Procurement Rules: Danish Regulation and Practise”, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen 2011, pp. 255-297.
- _____, “Towards an Obligation to Terminate Contracts Concluded in Breach of the EC Public Procurement: the end of the Statues of Concluded Contracts as Sacred Cows”, *Public Procurement Law Review*, 16, 2007.
- TRYBUS, MARTIN, “The hidden Remedies Directive: review and remedies under the EU Defence and Security Procurement Directive”, *Public Procurement Law Review*, 4, 2013, pp. 135-155.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ/FERNÁNDEZ ACEVEDO, PATRICIA/RAFAEL, “Órganos Consultivos y de Recursos Para El Control de la Contratación Pública en España” *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica Napoli XXXIII, Napoli, 2013, pp. 309-375.
- VIANA, CLÁUDIA, “A interpretação e aplicação do art. 128.º do CPTA em conformidade com o direito europeu dos contratos públicos, anotação ao Ac. do TCA Sul de 28.10.2010”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 91, 2012, pp. 41-53.
- _____, “A prevenção de “facto consumado” nos procedimentos de contratação pública — uma perspectiva de direito comunitário, anotação ao Ac. STA de 20.03.2007, proc. n.º 1191/06, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 68, 2008, pp. 26 e ss.
- VILLA-LOBOS, NUNO/BRITO VIERA, MÓNICA, *Mais justiça administrativa e fiscal — Arbitragem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- WILLIAMS, RHODRI, “Comission Proposals to modernise public procurement”, *Public Procurement Law Review*, 3, 2012, pp. 101-105.

ZHANG, XINGLIN, “Supplier review as a mechanism for securing compliance with government procurement rules: a critical perspective”, *Public Procurement Law Review*, 16, 2007, pp. 325-351.

B) Comunicações e Relatórios

Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI), 2008/C 91/02.

Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, 2006/C 179/02.

Relatório da Comissão — *Impact Assessment Report — Remedies in the field of public procurement*, 4 de Maio de 2006.

Relatório do Instituto da Construção e do Imobiliário referente à Contratação Pública em 2011, Quadro 7, p. 27, disponível em: <http://www.inci.pt/Portugues/inci/EstudosRelatoriosSectoriais/EstudosRelatorios%20Sectoriais/RelContr_Pub_2011_final.pdf>.

The EU Justice Scoreboard — a tool to promote effective justice and growth — Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM(2013) 160 final.