

CADERNOS DE JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

Artigos

- 3 A gestão dos Tribunais
Wladimir Brito
- 8 “Um por todos...” ou “Juntos até que a morte os separe”?
– Agrupamentos e litisconsórcio no contencioso pré-contratual
Marco Caldeira

Anotações

- 23 A naturalização do estrangeiro residente: concretização
do direito fundamental à cidadania portuguesa
– Ac. do STA de 5.2.2013, P. 76/12, anotado por
Constança Urbano de Sousa
- 37 Uma decisão do STA com estilo, mas com pontos fracos
– Ac. do STA de 20.3.2014, P. 965/13, anotado por
Pedro Costa Gonçalves
- 46 Regime da mobilidade no vínculo de emprego público e
actos de gestão privada: uma conciliação (im)possível?
– Ac. do STA de 3.4.2014, P. 1734/13, anotado por
Licínio Lopes Martins
- 57 Informação de Jurisprudência
Maio/Agosto de 2014
Carlos Cadilha
Carlos Carvalho
Pedro Machete
Rui Belfo Pereira
Vítor Gomes

107

“Um por todos...” ou “Juntos até que a morte os separe”? – Agrupamentos e litisconsórcio no contencioso pré-contratual (*)

1. É sabido que, nos termos da lei, as entidades interessadas em participar em procedimentos pré-contratuais, seja na qualidade de candidatas ⁽¹⁾ ou na de concorrentes ⁽²⁾, tanto podem fazê-lo isoladamente, a título individual, como em conjunto com outras entidades, enquanto agrupamento. Isto mesmo resulta hoje, de forma cristalina, do art. 54.º, n.º 1, do CCP ⁽³⁾, que, sob a epígrafe “Agrupamentos”, dispõe que “[p]odem ser candidatos ou concorrentes agrupamentos de pessoas singulares ou colectivas, qualquer que seja a actividade por elas exercida, sem que entre as mesmas exista qualquer modalidade jurídica de associação” ⁽⁴⁾.

Embora a escolha do modo de participação (isolada ou conjunta) no procedimento pré-contratual constitua uma decisão *livre* por parte dos interessados ⁽⁵⁾, a verdade é que não se trata de uma opção *inócua* sob o ponto de vista jurídico, visto que a cons-

tituição de um agrupamento candidato ou concorrente tem diversas *consequências* que ao longo do procedimento se projectam sobre todos e cada um dos membros que integram o agrupamento em causa. Em especial, destacam-se as seguintes:

a) Os membros de um agrupamento candidato ou de um agrupamento concorrente não podem ser candidatos ou concorrentes no mesmo procedimento nem integrar outro agrupamento candidato ou outro agrupamento concorrente ⁽⁶⁾, sob pena de exclusão da candidatura ⁽⁷⁾ ou da proposta ⁽⁸⁾ que tenha sido apresentada;

b) A verificação de que um dos membros do agrupamento se encontra em situação de impedimento ⁽⁹⁾ determina igualmente a exclusão da can-

(*) Por opção do Autor o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

⁽¹⁾ Cfr. a respectiva noção legal no art. 52.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).

⁽²⁾ Cfr. art. 53.º do CCP.

⁽³⁾ Aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29/1, e sucessivamente alterado.

⁽⁴⁾ Não se pense, todavia, que estamos perante qualquer originalidade do CCP, pois já a legislação anteriormente vigente em matéria de contratação pública previa a admissibilidade de formação de agrupamentos: cfr. arts. 57.º do DL n.º 59/99, de 2/3, e 32.º do DL n.º 197/99, de 8/6.

⁽⁵⁾ Porém, há que ter em conta uma *proibição* e uma *especificidade* legais estabelecidas especificamente quanto à participação de agrupamentos em determinados procedimentos pré-contratuais.

A *proibição* encontra-se consagrada no art. 117.º do CCP, norma que, depois de enunciar o princípio geral de liberdade de participação de agrupamentos concorrentes no ajuste directo, “desde que um dos seus membros tenha sido a entidade convidada para

esse efeito” (n.º 1), logo de seguida veda a integração da entidade convidada num agrupamento quando o ajuste directo seja adoptado (i) em função do critério do valor ou (ii) vise a formação de um contrato ao abrigo de um acordo-quadro (n.º 2).

A *especificidade* prende-se com a avaliação dos requisitos de capacidade técnica e financeira dos agrupamentos candidatos em procedimentos com fase de prévia qualificação (*maxime*, o concurso limitado), nos quais vigora a regra (supletiva) de que o agrupamento preencherá os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira quando (i) um dos agrupados os preencha individualmente ou (ii) alguns dos agrupados os preencham conjuntamente, mas, neste caso, apenas “quando tal seja possível em função da natureza do requisito exigido” (cfr. art. 182.º, n.º 1, do CCP).

Sem embargo, acrescenta ainda o n.º 2 do art. 182.º que, quando os requisitos mínimos de capacidade técnica digam respeito a elementos de facto relativos ao exercício de uma actividade regulamentada, os membros do agrupamento candidato devem ser entidades que prossigam aquela actividade.

⁽⁶⁾ Cfr. art. 54.º, n.º 2, do CCP.

⁽⁷⁾ Cfr. art. 184.º, n.º 2, alínea b), do CCP.

⁽⁸⁾ Cfr. art. 146.º, n.º 2, alínea b), do CCP.

⁽⁹⁾ Cfr. art. 55.º do CCP.

didatura⁽¹⁰⁾ ou da proposta⁽¹¹⁾ apresentada, mesmo que se trate de uma vicissitude que apenas afecta aquele específico agrupado mas não os restantes;

c) A declaração conforme o Anexo V do CCP junta à candidatura e a declaração conforme o Anexo I do CCP junta à proposta devem, sob pena de exclusão, ser assinadas por todos os membros do agrupamento ou respectivos representantes ou, em alternativa, pelo representante comum do agrupamento, se existir (caso em que a candidatura e a proposta deverão ser instruídas com os instrumentos de mandato outorgados por cada um dos agrupados a favor daquele representante)⁽¹²⁾;

d) Todos os membros de um agrupamento concorrente são solidariamente responsáveis, perante a entidade adjudicante, pela manutenção da proposta⁽¹³⁾; e

e) Em caso de adjudicação, todos os membros do agrupamento concorrente, e apenas estes, devem associar-se, antes da celebração do contrato, na modalidade jurídica prevista no programa do procedimento⁽¹⁴⁾, sob pena de caducidade da adjudicação⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁰⁾ Cfr. art. 184.º, n.º 2, alínea c), do CCP.

⁽¹¹⁾ Cfr. art. 146.º, n.º 2, alínea c), do CCP.

⁽¹²⁾ Cfr. arts. 168.º, n.º 3, e 57.º, n.º 5, do CCP, quanto à candidatura e quanto à proposta, respectivamente. A consequência da exclusão decorre, para as candidaturas, do disposto no art. 184.º, n.º 2, alínea f), do CCP e, para as propostas, do preceituado no art. 146.º, n.º 2, alínea e), do CCP.

Note-se que, no que se refere às candidaturas, esta obrigação só incide sobre a Declaração conforme o Anexo V do CCP, e não sobre os demais documentos destinados à qualificação, os quais, de resto, e em regra, podem ser apresentados por apenas um ou alguns dos membros do agrupamento, salvo se o programa do procedimento dispuser diferentemente: cfr. art. 171.º do CCP.

Se, por força do respectivo instrumento de designação, o representante comum do agrupamento tiver também poderes para assinar a própria proposta, esta é imputável ao agrupamento como um todo, independentemente de ser assinado apenas pelo representante: cfr. Acórdão (Ac.) do Tribunal Central Administrativo (TCA) Sul de 3/11/2011, P. 7960/11, *www.dgsi.pt*.

⁽¹³⁾ Cfr. art. 54.º, n.º 3, do CCP.

No sentido de que esta obrigação apenas se aplica às propostas mas não às candidaturas, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, "Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública", in *Estudos de Contratação Pública – II* (org. Pedro Costa Gonçalves), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 147 e 148.

⁽¹⁴⁾ Cfr. art. 54.º, n.º 4, do CCP.

⁽¹⁵⁾ Cfr. art. 105.º, n.º 1, *in fine*, do CCP.

Sobre esta figura, cfr., mais desenvolvidamente, MARCO

2. Porém, não é só a nível *procedimental* que a formação (ou não) de um agrupamento tem relevância, pois também a nível *processual* se revela determinante saber se um candidato ou concorrente se apresentou no procedimento pré-contratual sozinho ou em agrupamento.

Na verdade, e é sobretudo esse aspecto que aqui importa salientar, a forma de participação (isolada ou conjunta) de um candidato ou concorrente num dado procedimento pré-contratual condiciona, de modo decisivo, as suas posteriores possibilidades de reacção contra quaisquer actos da entidade adjudicante que aquele entenda serem lesivos dos seus direitos ou interesses – pense-se, de modo paradigmático, nas decisões de exclusão (da candidatura ou da proposta), na decisão de adjudicação⁽¹⁶⁾ (da proposta de um outro concorrente) ou, caso o agrupamento tenha sido o adjudicatário, nas decisões de revogação da adjudicação⁽¹⁷⁾ ou de declaração da respectiva caducidade⁽¹⁸⁾, bem como na decisão de não outorga do contrato⁽¹⁹⁾.

É este o ponto que passa de seguida a analisar-se com mais detalhe.

3. O problema das consequências processuais da forma de participação do candidato ou concorrente no procedimento pré-contratual (no âmbito do qual eclodiu o litígio discutido em juízo) tem-se colocado principalmente, como é natural, em sede de impugnação contenciosa da decisão de adjudicação proferida pela entidade adjudicante⁽²⁰⁾ –

CALDEIRA, "Sobre a caducidade da adjudicação no Código dos Contratos Públicos", in *Estudos de Contratação Pública – IV* (org. Pedro Costa Gonçalves), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 447 e segs.

⁽¹⁶⁾ Cfr. art. 76.º, n.º 1, do CCP.

⁽¹⁷⁾ Cfr. arts. 140.º e 141.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) ainda em vigor (o CCP não prevê *expressis verbis* a possibilidade de revogação da decisão de adjudicação, mas apenas a revogação da decisão de contratar, nos casos de verificação de uma causa de não adjudicação: *vide* arts. 79.º e 80.º do CCP).

⁽¹⁸⁾ Cfr. arts. 86.º, n.º 1, 87.º, 91.º, n.º 1, 93.º, n.º 1, 105.º, n.º 1, e 180.º, n.º 1, do CCP (e ainda, embora com diferente designação, a situação prevista no art. 234.º, n.º 2, do CCP).

⁽¹⁹⁾ Cfr. art. 105.º, n.º 3, do CCP.

⁽²⁰⁾ Sem prejuízo da restante jurisprudência citada no texto, desde já se destacam, pelo seu interesse e por versarem *ex pro-*

situação que nada tem de surpreendente, uma vez que, como a prática demonstra, a esmagadora maioria dos processos de contencioso pré-contratual urgente intentados nos nossos tribunais administrativos visa a impugnação da decisão final do procedimento, mesmo que o autor apenas pretenda syndicar a validade de determinada norma procedimental⁽²¹⁾.

Ora, partindo deste cenário como hipótese de estudo (replicável, *mutatis mutandis*, nos demais exemplos referidos no número anterior), tem sido pacificamente decidido na jurisprudência que um interessado que participou, como membro de um agrupamento concorrente, num determinado procedimento pré-contratual, não pode depois *isoladamente* impugnar a decisão de adjudicação tomada naquele procedimento, devendo a acção ser intentada por todos os membros do agrupamento⁽²²⁾, em litisconsórcio necessário, sob pena de absolvição do réu⁽²³⁾.

Em termos sucintos, esta posição jurisprudencial assenta no seguinte raciocínio:

a) Se a proposta foi apresentada por um agrupamento, a pluralidade de proponentes não prejudica

fesso esta matéria, os Acs. do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 24/9/2008 (recurso admitido em 26/6/2008), P. 402/08; e de 20/9/2011 (recurso admitido em 22/6/2011), P. 556/11, *www.dgsi.pt*. Cfr. ainda o Ac. do STA de 8/6/2004, P. 489/04, *apud* JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 217.

(21) Sobre este ponto, cfr., por último, MARCO CALDEIRA, “Da legitimidade activa no contencioso pré-contratual – em especial, os pedidos impugnatórios baseados na ilegalidade das peças procedimentais”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 34, n.º 134, Abril/Junho de 2013, p. 287.

(22) Note-se que só é exigida a participação dos membros do próprio agrupamento, mas já não de eventuais terceiros que tenham assumido quaisquer compromissos relativos a atributos ou a termos ou condições da proposta adjudicada, conforme o disposto no art. 77.º, n.º 2, alínea c), do CCP (pense-se no caso dos subcontratados), pelo que a sua ausência do processo judicial não releva para efeitos de legitimidade activa.

(23) Sublinha-se que estamos aqui a falar apenas das situações de (i) legitimidade activa, decorrentes de o autor ter participado no procedimento pré-contratual integrado num agrupamento (candidato ou concorrente). Não serão aqui abordadas as situações de (i) legitimidade passiva, ou seja, não discutiremos a necessidade de o(s) autor(es) demandar(em) conjuntamente várias entidades adjudicantes em litisconsórcio, quando estas entidades se tenham constituído em agrupamento (cfr. art. 39.º do CCP) e o processo judicial vise a impugnação de uma decisão proferida por este.

o facto de aquela (proposta) ser comum, unitária e singular⁽²⁴⁾;

b) Assim, sob pena da perda da respectiva identidade, para efeitos do procedimento pré-contratual, a proposta não é divisível em várias declarações negociais, separadas e parcelares, correspondentes às prestações individuais de cada um dos membros do agrupamento⁽²⁵⁾ – a proposta, como um todo, é uma única declaração negocial⁽²⁶⁾, ainda que emitida por vários autores;

c) Da singularidade da proposta (mesmo da apresentada por um agrupamento) decorre, pois, que, se a mesma porventura for admitida e ordenada em primeiro lugar, o direito à adjudicação não radica em cada uma das sociedades *de per se*, mas nelas enquanto agrupadas⁽²⁷⁾;

d) Deste modo, a titularidade do direito à adjudicação é conjunta e indivisível e também só em conjunto, em convergência de vontades, os agrupados têm, no plano substantivo, o poder de a exigir⁽²⁸⁾;

e) Em conclusão, um dos membros do agrupamento que apresentou uma proposta conjunta não pode impugnar contenciosamente o acto de adjudicação desacompanhado dos outros membros⁽²⁹⁾, isto porque nenhum agrupado, isoladamente considerado, é titular de um interesse directo, pessoal e legítimo na anulação da adjudicação: tal interesse radica necessariamente no agrupamento⁽³⁰⁾;

(24) Cfr. Acs. do STA de 24/9/2008, P. 402/08; e de 20/9/2011, P. 556/11, atrás citados.

(25) Cfr. acórdãos citados na nota anterior.

(26) É esta, de resto, a qualificação dada pela lei: cfr. o art. 56.º, n.º 1, do CCP.

(27) Cfr. acórdãos citados na nota 24.

(28) Cfr. acórdãos citados na nota 24.

(29) Cfr. Ac. do TCA Norte de 18/3/2011, P. 1262/10.0BEBRG, *www.dgsi.pt*.

De referir que esta conclusão é independente de saber se os membros do agrupamento concorrente chegaram ou não a associar-se sob a forma de alguma modalidade mais solene, designadamente a de consórcio: na verdade, mesmo neste caso continua a ser exigida a intervenção de todos os agrupados/consorciados no processo, visto que, como observa o TCA Sul, “O consórcio não tem personalidade jurídica nem judiciária, não podendo, por si mesmo, demandar ou ser demandado em juízo” (cfr. Ac. de 19/1/2012, P. 8363/11, e, em termos próximos, o de 11/9/2014, P. 11420/14, *www.dgsi.pt*).

(30) Cfr. Ac. do STA de 4/11/2010, P. 216/08, *www.dgsi.pt*.

f) Também por este motivo, se o interessado propõe a acção conjuntamente com os agrupados e um ou vários deles desiste(m) do pedido impugnatório durante o processo, tal determina a absolvição do réu, por ilegitimidade activa (preterição de litisconsórcio necessário) ⁽³¹⁾.

4. Tendo em conta os pontos enunciados – que, pode dizer-se, sintetizam o essencial da orientação dominante (e praticamente unânime) da nossa jurisprudência –, cumpre indagar se existe alguma forma (e, em caso afirmativo, qual) através da qual o interessado, membro de um agrupamento concorrente e que pretenda impugnar a decisão de adjudicação, possa associar os restantes agrupados à pretensão que pretende formular em juízo ⁽³²⁾.

Sendo evidente que não pode demandar directamente os demais membros do agrupamento para que estes sejam condenados a subscrever conjuntamente a petição inicial da acção a instaurar contra a entidade adjudicante – pretensão que seria inviável, não só em termos práticos ⁽³³⁾ como, principalmente, em termos jurídicos ⁽³⁴⁾ –, pergunta-se se

⁽³¹⁾ Cfr. acórdão citado na nota anterior.

⁽³²⁾ Isto assumindo, claro está, que os membros do agrupamento não chegam voluntariamente a um consenso quanto à ilegalidade da adjudicação ou, pelo menos, não estão dispostos a procurar obter a respectiva anulação através dos tribunais administrativos, já que, obviamente, quando todos os agrupados concordam em recorrer às vias judiciais, a questão acima levantada no texto não chega sequer a colocar-se.

⁽³³⁾ Pois, estabelecendo a lei que os processos de contencioso pré-contratual devem ser instaurados no prazo de um mês [cfr. art. 101.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)], é manifesto que o interessado nunca lograria, dentro desse prazo, iniciar um processo judicial paralelo e nele obter uma sentença que, *por absurdo* (*vide* nota seguinte), condenasse os restantes agrupados a juntar-se ao interessado na acção para impugnação da adjudicação. Quando muito, o interessado poderia eventualmente tentar propor esta impugnação em nome (mas ainda sem o consentimento) de todos os agrupados e, logo de seguida, requerer a suspensão da instância, nos termos da lei processual civil – faltando ainda saber, nesse cenário, se tal suspensão seria admissível, designadamente em função da urgência do processo [cfr. art. 36.º, n.º 1, alínea b), do CPTA], embora, a este respeito, deva notar-se que o TCA Sul já decidiu que o facto de um processo ser urgente não obsta à suspensão da respectiva instância (cfr. Ac. de 13/10/2005, P. 1041/05, *www.dgsi.pt*).

⁽³⁴⁾ Isto porque, como é óbvio, “[o] direito do concorrente lesado a impugnar um procedimento é uma posição jurídica activa totalmente

pode o autor, nestas circunstâncias, intentar sozinho a acção contra a entidade adjudicante e requerer a citação dos demais agrupados.

Atenta a definição legal do conceito de contra-interessados ⁽³⁵⁾, parece seguro que não basta ao autor cumprir a exigência de indicar no articulado da petição inicial “o nome e a residência dos eventuais contra-interessados” ⁽³⁶⁾, pois os restantes membros do agrupamento não são directamente prejudicados pela procedência do pedido impugnatório deduzido nem têm qualquer interesse legítimo na manutenção do acto (de adjudicação) impugnado, antes pelo contrário. Aliás, por isso mesmo, a intervenção dos demais agrupados configura uma situação de litisconsórcio *activo* e não passivo, razão pela qual a qualidade de contra-interessados não se ade-

disponível” (cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos – Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, AADFL, Lisboa, 2013, p. 641), pelo que cada candidato/concorrente (ou, no caso que aqui nos ocupa, cada membro do agrupamento candidato ou concorrente) pode sempre escolher não exercer esse direito, sendo que esta constitui uma escolha legítima e não uma recusa ilícita, que possa ser suprida através de uma sentença judicial condenatória a propor determinada acção (também com formulação próxima, referindo que “[t]oda e qualquer pessoa que tenha um direito de intervenção processual pode, ou não, exercê-lo consoante a sua vontade”, cfr. RICARDO GOUVÊA PINTO, “As consequências da não intervenção devida dos contra-interessados na acção administrativa especial”, in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, II vol., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 388, Autor que acrescenta ainda que, nos termos da lei processual, a única entidade vinculada ao exercício do direito/dever de acção é o Ministério Público).

Sublinhar este ponto poderia parecer ocioso, não fosse dar-se o caso de em alguns ramos do Direito esta evidência ser grosseiramente ignorada, chegando inclusivamente ao ponto de se prever a aplicação de *sanções* (!) em caso de exercício do direito de acção em determinadas circunstâncias: é o que se verifica, muito especificamente, no Direito do Desporto. Para duas ilustrações e competente crítica deste fenómeno, cfr. PEDRO DELGADO ALVES, “Procurando o limite das quatro linhas – Ac. do STA de 10.9.2008, P. 120/08”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 83, Setembro/Octubro de 2010, p. 28, nota 14, bem como PEDRO GONÇALVES, “Imputação ao Gil Vicente FC de infracção disciplinar muito grave consistente na violação do disposto no art. 63.º do Regulamento Disciplinar da Liga Portuguesa de Futebol Profissional – Consulta”, in *Desporto & Direito*, Ano V, n.º 13, Setembro/Dezembro de 2007, pp. 93 e segs.

⁽³⁵⁾ Plasmada no art. 57.º do CPTA.

⁽³⁶⁾ Cfr. art. 78.º, n.º 2, alínea f), do CPTA, *ex vi* art. 100.º, n.º 1, do CPTA.

qua ao papel que aqueles poderiam vir a assumir nos autos⁽³⁷⁾.

Assim, porque os demais agrupados, a intervir no processo, apenas poderiam figurar *ao lado* do autor, parece que restaria a este último requerer a intervenção daqueles a título *principal*, enquanto co-autores [leia-se, enquanto *coligação* de autores⁽³⁸⁾], através de um incidente de intervenção provocada.

No entanto, apesar de já ter sido entendido que a intervenção principal provocada constitui um mecanismo processual apto a obter o chamamento dos agrupados ao processo, para efeitos de sanção da ilegitimidade activa⁽³⁹⁾ [possibilidade a que nem mesmo a natureza urgente do contencioso pré-contratual obstará⁽⁴⁰⁾], a verdade é que, em sede de recurso de revista, o STA veio a decidir que estamos perante uma situação de ilegitimidade activa que “*não é sanável mediante a intervenção principal provocada das consorciadas*”⁽⁴¹⁾ ⁽⁴²⁾.

5. Em suma: à luz da nossa jurisprudência, quando o interessado participou no procedimento pré-contratual integrado num *agrupamento* (candidato ou concorrente) e pretende reagir contenciosamente contra qualquer decisão praticada pela entidade adjudicante (*maxime* a adjudicação), apenas poderá fazê-lo mediante acção instaurada em Tribunal por todos os membros daquele mesmo agrupamento⁽⁴³⁾.

⁽³⁷⁾ No sentido de que “[a] obrigatoriedade da identificação dos contra-interessados, que resulta dos artigos 57.º e 68.º, n.º 2, do CPTA, configura uma situação de litisconsórcio necessário passivo”, cfr. Ac. do TCA Sul de 26/1/2012, P. 7771/11, www.dgsi.pt.

⁽³⁸⁾ Cfr. art. 12.º, n.ºs 1 e 2, do CPTA.

⁽³⁹⁾ Cfr. Ac. do TCA Norte de 18/3/2011, P. 1262/10.0BEBRG, www.dgsi.pt.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. acórdão citado na nota anterior.

⁽⁴¹⁾ Cfr. o já citado Ac. do STA de 20/9/2011, P. 556/11.

⁽⁴²⁾ Além disso, entende ainda o STA, no acórdão referido na nota anterior, que a situação de ilegitimidade activa se mantém caso se prove que os demais agrupados não acompanham o autor na pretensão impugnatória deduzida (nomeadamente, pela sua falta de intervenção processual, depois de chamados aos autos).

⁽⁴³⁾ Num entendimento que se mostra em conformidade (ou, pelo menos, não é incompatível) com o direito da União Europeia, pois o Tribunal de Justiça já declarou que aquele “*não se opõe a que, segundo o direito nacional, só o conjunto dos membros de um consórcio que não dispõe de personalidade jurídica que, enquanto*

Caso assim não suceda, e uma vez que não é possível ao interessado suprir a ausência de qualquer agrupado através da respectiva citação como contra-interessado ou mesmo do seu chamamento à lide como co-autor, através do incidente de intervenção principal provocada, a acção fatalmente im-procederá, com fundamento na verificação da excepção de ilegitimidade activa⁽⁴⁴⁾, havendo então lugar à absolvição do réu da *instância*⁽⁴⁵⁾ ou mesmo, segundo certo entendimento, do *pedido*⁽⁴⁶⁾.

6. Pela nossa parte, compreendendo as razões que presidem ao entendimento acabado de expor (e que se prendem essencialmente, por um lado, com a exigência de um interesse em agir pelo impugnante e, por outro lado, com o objectivo de evitar a instauração de processos judiciais desnecessários ou que redundem em decisões sem efeito útil), temos porém dúvidas de que a linha de raciocínio seguida seja inteiramente correcta e questionamos se não seria possível e desejável (se não *de iure condito*, pelo menos *de iure condendo*), em nome da tutela jurisdicional efectiva, ensaiar uma construção um pouco mais ousada.

A este propósito, cumpre ressaltar que o direito da União Europeia não impõe qualquer solução de sentido único nesta matéria, sendo cometida a cada Estado-Membro uma ampla margem de liberdade para conformar o regime legal aplicável.

tal, tenha participado num procedimento de adjudicação de um contrato público e ao qual não tenha adjudicado o referido contrato pode interpor recurso da decisão de adjudicação e não unicamente um dos seus membros a título individual”: cfr. Ac. de 8/9/2005, proc. C-129/04 (*Espace Trianon e Sofibail*), <http://eur-lex.europa.eu>.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. art. 89.º, n.º 1, alínea *d*), do CPTA, por remissão do art. 100.º, n.º 1, do CPTA.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. art. 278.º, n.º 1, alínea *d*), do Código de Processo Civil (CPC), aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26/6.

⁽⁴⁶⁾ Tal foi a decisão do STA no acórdão de 20/9/2011, P. 556/11, já citado, que se baseou na previsão legal (contida no art. 288.º, n.º 3, do anterior CPC, em vigor à data, e hoje transplantada para o art. 278.º, n.º 3, do CPC actual) de acordo com a qual “*não tem lugar a absolvição da instância quando, destinando-se [a excepção dilatória verificada, in casu a ilegitimidade activa] a tutelar o interesse de uma das partes, nenhum outro motivo obste, no momento da apreciação da excepção, a que se conheça do mérito da causa e a decisão deva ser integralmente favorável a essa parte*”.

Assim, se é certo que aquele direito não impede o legislador nacional de exigir que a decisão de adjudicação apenas possa ser impugnada por todos os membros do agrupamento, conjuntamente, e não apenas por um agrupado isolado, como acima se referiu (cfr. nota 43), a verdade é que a solução oposta também não é contrária aos desígnios comunitários, pois, em data mais recente, o Tribunal de Justiça também já teve oportunidade de esclarecer, em sede de reenvio prejudicial, que o regime das denominadas “Directivas Recursos” (47) “não se opõe a que, nos termos do direito nacional, um único membro de uma associação temporária sem personalidade jurídica que tenha participado, enquanto tal, num processo de adjudicação de um contrato público e à qual o referido contrato não tenha sido adjudicado, possa interpor, individualmente, um recurso da decisão de adjudicação deste” (48). O direito da União Europeia, em suma, não proíbe nem impõe qualquer das duas soluções (impugnação só pelo agrupamento *vs.* impugnação por um agrupado isolado), admitindo à partida que cada Estado-Membro estabeleça o seu próprio regime.

Isto significa, portanto, que a questão é discutível (e tem sido discutida) e que, nessa medida, se justifica ponderar se a interpretação que tem prevalecido não carecerá de eventuais aperfeiçoamentos. Em nossa opinião, é justamente isso o que sucede, como de seguida procuraremos demonstrar.

7. Desde logo, tratando-se de uma situação de ilegitimidade activa, e até tendo em conta o princí-

(47) Cfr. Directiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, e Directiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, ambas alteradas pela Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007.

(48) Cfr. Despacho de 4/10/2007, proc. C-492/06 (*Consortio Elisoccorso San Raffaele*).

Cfr. ainda ponto 38 das conclusões do Advogado-Geral junto do Tribunal de Justiça, proc. C-401/09 (*Evropaïki Dynamiki*), de 27/1/2011, respeitante a procedimentos pré-contratuais promovidos por órgãos comunitários: “*deve ser reconhecido esse direito não só ao consórcio como tal mas também a cada uma das empresas participantes do mesmo. Se o legislador tivesse decidido reservar o direito de recurso, no caso de concursos públicos abertos por instituições da União, apenas ao consórcio na sua totalidade, deveria tê-lo feito de forma expressa. Uma vez que tal não sucedeu, deve prevalecer o princípio que favorece a interposição de recursos*” (<http://eur-lex.europa.eu>).

pio *pro actionae* (49), não vemos por que motivo não pode o interessado suprir esta excepção dilatória através da intervenção principal provocada dos demais agrupados, visto ser este o mecanismo processual idóneo (e especificamente concebido) para obter o chamamento daqueles para intervirem nos autos como seus associados (50).

Por outro lado, como já adiantámos, parece-nos que o percurso argumentativo seguido pelos nossos tribunais assenta em pressupostos que, embora plausíveis, não são forçosamente verdadeiros.

Note-se que não pomos em causa que (i) o principal (mas não necessariamente o único) interesse de quem impugna uma decisão de adjudicação será o de vir a celebrar o contrato objecto do procedimento pré-contratual e que, (ii) no caso de um agrupamento, aquele interesse apenas poderá ser satisfeito caso todos os agrupados actuem de forma concertada e procedam conjuntamente à outorga do contrato.

Mas, se isto é efectivamente verdade, como admitimos, daqui não se segue necessariamente, em nossa opinião, que uma acção de impugnação movida por apenas um dos membros de um determinado agrupamento seja juridicamente inadmissível ou completamente desprovida de utilidade. Pelo contrário, consideramos que a posição do impugnante *solitário* é (ou poderá ser) legítima e, por conseguinte, digna de tutela legal, traduzida na permissão de acesso às vias contenciosas de reacção contra um acto que lhe é (*não só a ele, é certo, mas também a ele*) lesivo.

Sem esquecer que cada um dos arestos a que acima fizemos referência foi tirado *num dado contexto*, com base *numa factualidade concreta*, pensamos não traçar uma generalização abusiva ao afirmar que, subjacente à corrente jurisprudencial descrita, está a assunção de que, *se o autor do processo não*

(49) Cfr. art. 7.º do CPTA.

(50) Cfr. arts. 316.º a 320.º do actual CPC.

Concordamos assim com o que foi decidido pelo TCA Norte no seu Ac. de 18/3/2011, acima citado (cfr. nota 39), no qual aquele Tribunal considerou, a nosso ver correctamente, que “[a] forma como uma parte pode ultrapassar a recusa dos demais interessados em proporem, conjuntamente com ela, a acção é intentá-la sozinha e, simultaneamente, requerer a intervenção principal, como autores, dos demais interessados”.

obteve o acordo dos demais agrupados para impugnar a adjudicação, isso significa que não retirará qualquer utilidade da futura sentença favorável (anulatória), pois o agrupamento de que o autor faz parte não irá celebrar o contrato.

Ora, em nossa opinião, é justamente esta ilação que não está convincentemente demonstrada, além de que, em qualquer caso, a mesma (ainda que verdadeira) não inviabilizaria, por si só, a possibilidade de impugnação da adjudicação por parte de apenas um dos membros de um agrupamento que tivesse participado no procedimento pré-contratual antecedente àquela decisão.

Vejamos.

7.1. No que se refere ao primeiro ponto, parecemos desde logo temerário partir da falta de intervenção dos restantes agrupados no processo judicial para daí extrair conclusões peremptórias quanto ao seu interesse na futura celebração do contrato.

Na verdade – e a experiência prática mostra-
todos os dias –, existem muitos motivos, todos eles atendíveis mas muito diferentes entre si, para que os vários membros de um agrupamento não cheguem a consenso quanto à decisão de impugnar contenciosamente a decisão de adjudicação. Pode suceder, é certo, que (a) os agrupados de facto tenham perdido o interesse em vir a celebrar e executar o contrato; mas também poderá suceder que (b) os agrupados não estejam de acordo quanto à existência dos vícios assacados (*rectius*, a assacar) à decisão de adjudicação ou, pelo menos, quanto às probabilidades de procedência de um pedido impugnatório baseado nesses vícios; ou, estando convictos do sucesso da acção, (c) não estejam disponíveis para suportar os respectivos encargos (nomeadamente, com o patrocínio em juízo por advogados e com as custas judiciais); ou, tendo esta disponibilidade, (d) estejam porém receosos ou desencorajados face à previsível morosidade do processo, sabendo que a obtenção de uma sentença favorável e transitada em julgado no processo principal demorará seguramente vários meses, se não mesmo anos; ou ainda, estando convictos do êxito da acção, disponíveis para custear os encargos do processo e para vir a executar o contrato no futuro, (e) pura e simples-

mente entendam desaconselhável, do ponto de vista estratégico, correr o risco de *hostilizar* a entidade adjudicante com o desencadear de um litígio judicial [sobretudo se algum dos membros do agrupamento mantiver boas relações comerciais com a entidade adjudicante, se estiver no momento a executar um ou mais contratos para essa mesma entidade ou se existir a perspectiva de a breve trecho vir a ser promovido um procedimento pré-contratual – *maxime*, de ajuste directo – para a celebração de um *outro* contrato, tão ou mais atractivo economicamente do que o contrato em disputa neste procedimento pré-contratual ⁽⁵¹⁾].

Nesta linha, atenta a multiplicidade de motivações que podem estar em causa, a menos que os próprios agrupados venham aos autos declarar expressamente que não subscreveram a petição inicial porque perderam por completo o interesse em virem a ser os destinatários da adjudicação e em celebrar o contrato, não vemos como possa o Tribunal concluir, *apenas com base na falta de intervenção dos agrupados no processo*, que aquele interesse não existe.

7.2. Mais: mesmo quando, por qualquer motivo, o tribunal dê como provado como os demais agrupados não acompanham o autor na sua pretensão anulatória ⁽⁵²⁾, tal não significa necessariamente,

⁽⁵¹⁾ Também aqui a prática comprova que muitas vezes a opção pela não instauração de uma acção judicial acaba por ser motivada por fundamentos extrajudiciais, de índole essencialmente pragmática, em especial o receio (fundado ou frequentemente tido como tal) de eventuais *retaliações* por parte da entidade adjudicante.

De todo o modo, a diversidade dos motivos que, a título de mero exemplo, se elencaram no texto ilustra bem as dificuldades que podem registar-se no seio de um agrupamento para a tomada de decisão quanto à propositura de uma acção judicial. Como é evidente, apesar de em abstracto os interesses de todos os agrupados serem (ou deverem ser) coincidentes, em concreto poderá revelar-se impossível conciliar a posição de um agrupado que contrata frequentemente com a entidade adjudicante em causa, e que naquele momento se encontra até a prestar serviços àquela entidade, com a posição de outro agrupado que apenas tem interesse na celebração do contrato a que o procedimento pré-contratual se destinava e que por isso não tem que temer as eventuais consequências do litígio no seu relacionamento com o réu.

⁽⁵²⁾ Como sucedeu no processo que esteve na base do Ac. do STA de 20/9/2011, acima citado (o juízo de convicção terá sido

em nossa opinião, que a acção não possa vir a produzir o seu efeito útil e que, em caso de sentença favorável, o contrato não possa vir a ser celebrado.

Com efeito, esta situação – que corresponde à hipótese identificada no ponto anterior como cenário (b) –, podendo eventualmente reconduzir-se a uma renúncia ao exercício do direito de acção no caso concreto, não traduz uma perda de interesse nos efeitos que a sentença favorável poderia produzir. Por outras palavras, a parte que não impugna não abdica do seu direito substantivo, apenas prescinde de exercer o direito adjectivo de tentar fazer valer a sua pretensão através dos meios jurisdicionais ao seu dispor. Assim, nem a falta de impugnação contenciosa implica, *de per se*, a aceitação do acto⁽⁵³⁾ nem a falta de adesão à pretensão anulatória já deduzida por outrem em juízo acarreta *necessariamente* a perda de interesse nos benefícios que possam advir dessa anulação: o facto de uma parte não pretender ir a tribunal impugnar a adjudicação não significa que vá recusar-se a celebrar o contrato se, *por qualquer motivo (nomeadamente, por força de uma acção judicial movida por terceiros)*, aquela decisão for removida do ordenamento jurídico.

Dois exemplos académicos permitem reforçar o que afirmamos e fazer a contraprova do argumento invocado pela posição jurisprudencial sob análise.

Imagine-se, em primeiro lugar, que, após decorrido um mês desde a notificação da decisão de adjudicação a favor do concorrente “A” (sem que o agrupamento “B”, classificado em segundo lugar, tivesse impugnado aquela decisão), aquela decisão *caduca*, por falta imputável ao adjudicatário (*vide* nota 18): neste caso, sabendo-se que a entidade adjudicante tem o dever de adjudicar a proposta ordenada no lugar imediatamente subsequente⁽⁵⁴⁾, seria possível considerar-se que, por não ter impugnado contenciosamente a decisão de adjudicação da proposta do concorrente “A”, o concorrente “B”

formado em primeira instância e o STA limitou-se a acatá-lo, enquanto apreciação da matéria de facto que não cabia àquela instância de recurso sindical).

⁽⁵³⁾ Nos termos do disposto no art. 56.º, n.º 1 e 2, do CPTA.

⁽⁵⁴⁾ Conforme impõem (consoante o fundamento que tenha originado a declaração de caducidade da adjudicação) os arts. 86.º, n.º 4, 87.º, 91.º, n.º 2, 93.º, n.º 2, 105.º, n.º 2, e 180.º, n.º 2, do CCP.

teria perdido o interesse na celebração do contrato e que teria antecipadamente rejeitado a adjudicação subsidiária que viesse a ser feita a seu favor⁽⁵⁵⁾?

Ou imagine-se também, numa variante desta hipótese, que o concorrente “C”, cuja proposta foi classificada em terceiro lugar, impugnou a adjudicação da proposta de “A” e peticionou a condenação da entidade adjudicante a adjudicar a sua proposta, em virtude de, na sua tese, quer a proposta de “A” quer a proposta de “B” deverem ser excluídas; e suponha-se ainda, para tornar o exemplo mais verosímil, que o concorrente “B”, citado na qualidade de contra-interessado, nada disse, nem para apoiar a exclusão da proposta de “A”, nem tão-pouco para defender a improcedência do pedido de exclusão da sua própria proposta. Admitindo que a acção intentada por “C” seria julgada parcialmente procedente, por o tribunal considerar que a proposta de “A” (mas não a proposta de “B”) deveria efectivamente ter sido excluída, seria lícito ao Tribunal, na explicitação das vinculações a observar pela entidade adjudicante na execução da sentença anulatória⁽⁵⁶⁾, decidir que não deveria ser adjudicada a proposta de “B”, apesar de ordenada em segundo lugar, invocando que a voluntária falta de intervenção deste concorrente no processo judicial manifestaria inequivocamente a sua rejeição da adjudicação e da possibilidade de celebração do contrato?

A resposta negativa – que pensamos ser incontornável – às questões formuladas em cada um dos exemplos acima referidos demonstra assim, em nossa opinião, que da mera falta de intervenção num processo de impugnação judicial de uma decisão de adjudicação (como autor ou como contra-interessado) não é possível retirar qualquer conclusão sólida quanto à manutenção ou perda de interesse da parte em causa na celebração do contrato.

7.3. Acresce que, mesmo que a assunção em que os nossos tribunais se baseiam fosse verdadeira –

⁽⁵⁵⁾ Sem prejuízo, claro está, do direito a recusar a adjudicação por já ter expirado o prazo de manutenção das propostas, como prevê (a propósito da adjudicação inicial, mas também aplicável à adjudicação subsidiária) o art. 76.º, n.º 2, do CCP.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. arts. 71.º, n.º 2, 95.º, n.º 3, e 173.º, n.º 1, do CPTA.

isto é, ainda que fosse verdade que, se os restantes agrupados não subscrevem a petição inicial da acção de impugnação da adjudicação, não querem depois vir a celebrar o contrato caso a adjudicação seja anulada –, afigura-se-nos que tal asserção só valeria para o pedido de *condenação* da entidade adjudicante (a proferir uma segunda decisão de adjudicação e a outorgar o contrato com o novo adjudicatário), mas não para o *pedido impugnatório* propriamente dito. Ou seja, o raciocínio expandido pelos nossos Tribunais quanto à falta de intervenção dos agrupados em juízo como sinónimo ou equivalente da perda de interesse do agrupamento enquanto um todo na celebração do contrato só permite, quando muito, concluir pela improcedência do pedido de condenação deduzido pelo impugnante solitário⁽⁵⁷⁾, mas não habilita o indeferimento do pedido de anulação ou declaração de nulidade da adjudicação que haja sido formulado nos autos.

É verdade que, nos termos gerais da lei processual, quando o interessado é confrontado com um acto administrativo desfavorável, não se deve limitar a impugná-lo, devendo antes peticionar a condenação da Administração na prática do acto a que entende ter direito, sendo que esta pretensão é que constitui o objecto do processo e que a eliminação do acto desfavorável resulta da sentença condenatória⁽⁵⁸⁾; e que, por isso mesmo, quando o interessado apenas deduz um pedido de mera impugnação, o tribunal deve convidá-lo a formular um pedido de condenação na prática do acto devido⁽⁵⁹⁾. Como também é verdade, todavia, que o processo de contencioso pré-contratual se assume como um processo de cariz essencialmente impugnatório⁽⁶⁰⁾, embora a doutrina desde há muito tenha pacifica-

⁽⁵⁷⁾ De facto, só os pedidos de condenação é que visam produzir um efeito que qualquer um dos agrupados, isoladamente e sem a intervenção dos demais, não tem possibilidade de aproveitar, sendo necessária a intervenção conjunta do agrupamento (*rectius*, de todos e cada um dos seus membros) para que a sentença possa constituir um benefício efectivo na esfera jurídica dos autores.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. art. 66.º, n.º 2, do CPTA.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. art. 51.º, n.º 4, do CPTA.

⁽⁶⁰⁾ Sintomaticamente, o art. 100.º, n.º 1, do CPTA refere-se à “impugnação de actos administrativos relativos à formação de contratos”.

mente reconhecido a possibilidade de cumulação de pedidos (*maxime*, condenatórios) neste tipo de processos⁽⁶¹⁾.

O que se quer acentuar com isto é que, sendo formulados dois pedidos – o de impugnação da adjudicação e o de condenação da entidade adjudicante na prática de uma nova decisão de adjudicação –, não pode o primeiro ser indeferido apenas porque (bem ou mal) se considera que o segundo não poderá ser procedente. Com efeito, ainda que os dois pedidos estejam necessariamente interligados por uma relação de dependência, isso não implica que a improcedência de um acarrete o insucesso absoluto da acção⁽⁶²⁾. Repare-se que, se o segundo pedido constitui uma decorrência lógica e inseparável do primeiro, já o primeiro, por seu turno, conserva a sua autonomia e a sua utilidade para a esfera jurídica do autor não se cinge à possibilidade de vir a celebrar o contrato.

7.4. Antes do mais, não é verdade que subjacente à impugnação da adjudicação esteja (ou deva estar)

⁽⁶¹⁾ Para um elenco não exaustivo da principal bibliografia sobre o tema, cfr. o nosso “Da legitimidade activa no contencioso pré-contratual – em especial, os pedidos impugnatórios baseados na ilegalidade das peças procedimentais”, *cit.*, p. 278, nota 9.

O projecto de revisão do CPTA, na versão conhecida, vem tornar mais clara a possibilidade de cumulação de pedidos, passando o novo n.º 1 do art. 100.º a aludir a “processos de impugnação ou de condenação à prática de atos administrativos relativos à formação de contratos” e o n.º 3 a dispor inequivocamente que, “[n]os processos do contencioso pré-contratual, é possível a cumulação de pedidos, segundo o disposto no artigo 4.º”.

⁽⁶²⁾ De resto, apesar do “paternalismo” do acima citado art. 51.º, n.º 4, do CPTA, a doutrina tem admitido que há situações em que o autor pode formular um pedido de mera impugnação, sem que lhe deva ser exigida a cumulação deste pedido com um outro de cariz condenatório (porque, por exemplo, perdeu o interesse na prática do acto devido e apenas pretende vir a reclamar o pagamento de uma indemnização, ou porque o acto devido tem natureza discricionária e o autor teme não poder provar que a decisão a proferir deveria ser-lhe favorável, mas ainda assim tenciona impedir que o indeferimento ilegal se consolide no ordenamento jurídico): exemplarmente sobre este ponto, cfr. BERNARDO AZEVEDO, “Acção Administrativa Especial – Pretensões Impugnatórias – Entre a Memória e o Esquecimento”, in AA.VV., *A Reforma da Justiça Administrativa*, Studia Ivridica, n.º 86, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2005, pp. 197 a 199.

sempre, necessariamente, a possibilidade de o autor vir a ser o adjudicatário no procedimento pré-contratual em crise: mesmo sem considerar o eventual recurso à acção popular para reagir contra actos praticados em procedimentos para a formação de contratos públicos ⁽⁶³⁾, basta pensar que tem sido pacificamente admitida a possibilidade de o Ministério Público figurar como autor nos processos de contencioso pré-contratual ⁽⁶⁴⁾ – sendo certo que o seu âmbito de intervenção se encontra legalmente circunscrito à “defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais” ⁽⁶⁵⁾ – e que pelo menos alguma parte da doutrina (e também da jurisprudência) tem aceiteado que o impugnante não tem de demonstrar que, caso a adjudicação inicial seja anulada, o autor será forçosamente o novo adjudicatário no procedimento, bastando para este efeito que a impugnação vise prosseguir um interesse atendível e a procedência do pedido anulatório acrescente alguma vantagem (ainda que fáctica ou potencial) à sua esfera jurídica, como seja a posterior abertura de um novo procedimento para a celebração de um contrato com o mesmo objecto ⁽⁶⁶⁾. Aliás, também no estrangeiro alguns Autores têm defendido uma interpretação lata do conceito de “legitimidade activa” à luz das “Directivas Recursos”, sustentando, nomeadamente, que deve considerar-se que tem um “interesse legítimo” na impugnação da adjudicação uma sociedade que, em-

⁽⁶³⁾ Colocando a questão, cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O contencioso urgente da contratação pública”, in *CJA*, n.º 78, Novembro/Dezembro de 2009, pp. 7 e 8.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Contencioso administrativo pré-contratual”, in *CJA*, n.º 44, Março/Abril de 2004, p. 7; IDEM, “Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente”, in *CJA*, n.º 62, Março/Abril de 2007, p. 8; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O contencioso urgente da contratação pública”, *cit.*, p. 7; e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª edição revista, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 673 e 674.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. art. 9.º, n.º 2, do CPTA.

⁽⁶⁶⁾ Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto, cfr. o nosso “Da legitimidade activa no contencioso pré-contratual – em especial, os pedidos impugnatórios baseados na ilegalidade das peças procedimentais”, *cit.*, pp. 296 e segs.

bora excluída do procedimento pré-contratual e que, por isso, não pode almejar ser a adjudicatária naquele procedimento, invoca a existência de ilegalidades e assume utilizar o processo impugnatório como meio de defesa da concorrência no sector de mercado no qual a sociedade impugnante e a sociedade adjudicatária operam ⁽⁶⁷⁾.

Nesta linha de raciocínio, se a possibilidade de vir a ser o destinatário da futura adjudicação não é um requisito essencial para a admissibilidade do pedido de impugnação da adjudicação já proferida, entendemos que o facto de um agrupado propor uma acção sem os demais membros do agrupamento pode constituir um obstáculo ao deferimento do pedido de condenação, mas não obsta (não deveria obstar) ao conhecimento do pedido impugnatório. Até porque, como se verá de imediato, uma sentença que acolha esta pretensão terá sempre um efeito útil para o impugnante, mesmo que o Tribunal não esteja em condições de conhecer ou de deferir o pedido de condenação da entidade adjudicante na prática de um novo acto de adjudicação.

Observe-se em que medida.

7.5. Ao tomar a iniciativa de propor, isoladamente (= sem a intervenção dos demais agrupados), uma acção para a impugnação da decisão de adjudicação, o interessado sabe à partida que, *independentemente das condições de procedência do pedido de condenação*, caso a acção venha a obter provimento, a entidade adjudicante deverá reconstituir a situação que existiria caso o acto anulado não tivesse sido praticado ⁽⁶⁸⁾. Assumindo que a procedência do pedido anulatório não se baseou na verificação de meros vícios formais ou procedimentais, que, determinando a anulação do acto ⁽⁶⁹⁾, todavia per-

⁽⁶⁷⁾ Cfr. MASSIMO GIAVAZZI, “La legittimazione processuale nel contenzioso sugli appalti pubblici e l’effettività del diritto europeo: un (falso) problema di convivenza”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Ano XXII, n.º 6, Giuffrè Editore, 2012, *maxime* pp. 1103 e 1104.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. art. 173.º, n.º 1, do CPTA.

⁽⁶⁹⁾ Isto porque nem todos os vícios têm necessariamente consequências anulatórias sobre os actos inquinados, admitindo-se que alguns vícios menos graves possam determinar a mera irregularidade não invalidante. De resto, a nossa jurisprudência

mitam a sua renovação, com o mesmo conteúdo do anterior ⁽⁷⁰⁾, a anulação da adjudicação obrigará, em regra, a entidade adjudicante a:

(i) Revogar a decisão de contratar, por impossibilidade legal de adjudicação naquele procedimento (isto é, por impossibilidade de proferir uma decisão de adjudicação sem incorrer nos vícios que determinaram a invalidação da primeira adjudicação pelo tribunal); ou

(ii) Proferir uma decisão de adjudicação a favor do agrupamento integrado pelo impugnante e outros membros (que não intervieram no processo judicial).

No caso (i), bem se vê (e assumindo que esta decisão é válida ou que o interessado não a contesta judicialmente), é irrelevante que a acção de impugnação tenha sido proposta pelo agrupamento conjuntamente, apenas por um agrupado, pelo Ministério Público ou por um outro terceiro interessado: seja como for, a anulação da adjudicação não dará origem à celebração de qualquer contrato *no âmbito*

dência administrativa tem sido habitualmente bastante “generosa” na aceitação do “princípio do aproveitamento do acto” e da “degradação de formalidades essenciais em não essenciais” para “salvar” da anulação actos reconhecidamente ilegais: cfr., por último, sobre este ponto, o nosso “Da legitimidade activa no contencioso pré-contratual – em especial, os pedidos impugnatórios baseados na ilegalidade das peças procedimentais”, *cit.*, pp. 292 a 295. Sobre as soluções do projecto de revisão do CPA relativamente a esta matéria, cfr. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, “Breves notas sobre as sanções dos vícios procedimentais e de forma no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo (PCPA)”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 803 a 815.

⁽⁷⁰⁾ Referimo-nos ao poder da Administração de “praticar novo acto administrativo, no respeito pelos limites ditados pela autoridade do caso julgado”, a que se refere o art. 173.º, n.º 1, do CPTA.

De sublinhar, aliás, que, não só o tribunal tem o dever de se pronunciar “sobre todas as causas de invalidade que tenham sido invocadas contra o acto impugnado” (cfr. art. 95.º, n.º 2, do CPTA) – justamente para evitar que o conhecimento dos vícios substanciais fique alegadamente “prejudicado” pela verificação de um vício formal, como tantas vezes sucedia no passado (*vide* também o disposto no art. 57.º, n.º 2, da anterior Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovada pelo DL n.º 267/85, de 16/7) – como, além disso, a lei prevê expressamente que, se o acto for anulado com base apenas em vícios que não impeçam a sua renovação, o impugnante tem legitimidade para interpor recurso jurisdicional da sentença que lhe foi parcialmente favorável: cfr. art. 141.º, n.º 2, do CPTA.

daquele procedimento, pelo que perde qualquer pertinência a questão de saber se, *caso houvesse lugar à celebração do contrato*, os membros do agrupamento do qual o impugnante fazia parte aceitariam ou não celebrá-lo. O que importa, para efeitos de legitimidade activa e interesse processual, é que, neste caso, a vantagem económica subjacente ao contrato a celebrar se mantém intacta, pois, caso a entidade adjudicante volte a promover um novo procedimento pré-contratual com o mesmo objecto, o impugnante poderá apresentar novamente proposta (sozinho ou em agrupamento) nesse procedimento, renovando as suas possibilidades de adjudicação.

Já no caso (ii), por seu turno, se a entidade adjudicante profere um novo acto de adjudicação, e como este acto não carece de aceitação pelos beneficiários ⁽⁷¹⁾, o interessado passa a ser co-destinatário de um acto administrativo favorável e constitutivo de direitos. Embora, sozinho, o impugnante não tenha possibilidade de obter a outorga do contrato, fica porém investido na titularidade de uma posição de vantagem que constitui uma utilidade em si mesma, pois, após a prática de uma nova decisão de adjudicação, pode ocorrer um dos seguintes cenários:

(ii.1) Ou os demais agrupados, embora não tendo tido iniciativa nem intervenção no processo judicial, acabam por se aproveitar (“parasitariamente”, por assim dizer) do resultado obtido unicamente por um dos seus membros e aceitam celebrar o contrato, beneficiando de uma *externalidade* que não procuraram e para a qual não contribuíram (a exemplo do que sucederia na segunda hipótese académica apresentada no ponto 7.2 *supra*); ou

(ii.2) Os demais agrupados, em coerência com o desinteresse manifestado quanto ao desfecho do processo judicial, recusam apresentar os documentos de habilitação, prestar a caução exigida, associar-se na modalidade prevista no programa do procedimento (caso ainda não o tenham feito) e/ou comparecer na data prevista para a outorga do con-

⁽⁷¹⁾ Podendo, quando muito, ser objecto de recusa, caso já tenha decorrido o prazo previsto para a manutenção das propostas, conforme dispõe o art. 76.º, n.º 2, do CCP.

trato, deste modo conduzindo à declaração da caducidade da adjudicação.

Dir-se-á que, neste segundo caso [(ii.2)], o esforço terá sido inglório e que, a final, o reconhecimento da legitimidade do impugnante isolado e a admissibilidade da impugnação da adjudicação não trouxe qualquer benefício para o interessado (que continuou, no fim de contas, sem celebrar o contrato), tendo provocado, em contrapartida, graves prejuízos para a entidade adjudicante, que, depois de anulada a adjudicação à proposta ordenada em primeiro lugar no procedimento pré-contratual, vê agora caducar a adjudicação à proposta ordenada na posição subsequente e, por isso, é forçada a adjudicar a terceira melhor proposta (caso ela exista e o concorrente ainda aceite a adjudicação tardia) ou a dar sem efeito o procedimento pré-contratual. Valerá, então, a pena adoptar o critério amplo que propomos, para no final se chegar a tal resultado?

Na nossa perspectiva, sim.

7.6. Deixando de parte a hipótese de não existirem propostas ordenadas em lugar subsequente que possam ser adjudicadas ou concorrentes que ainda aceitem essa adjudicação – caso em que se aplica o que já acima dissemos sobre a vantagem decorrente da abertura de um novo procedimento pré-contratual e o consequente “renascimento” das possibilidades de adjudicação –, repare-se que, neste cenário (ii.2), a situação do impugnante isolado *só parcialmente é coincidente* com a situação em que se encontraria caso não tivesse impugnado a adjudicação ou a impugnação fosse julgada improcedente. Na verdade, a sua situação aparenta ser “a mesma” no sentido em que, em qualquer um dos casos, o interessado *acabou por não celebrar o contrato com a entidade adjudicante*; contudo, enquanto, em caso de inércia ou insucesso, ele não teria celebrado o contrato porque *nunca foi escolhido como adjudicatário* e, portanto, nunca se viu investido nessa posição, no caso de impugnação bem-sucedida da adjudicação inicial o interessado *consegue algo que não tinha* anteriormente: o reconhecimento expresso de que a proposta apresentada pelo agrupamento de que aquele (interessado) fazia parte deveria ter sido adjudicada. O que, longe de cons-

tituir um mero “consolo moral”, tem toda a relevância prática, nomeadamente para efeitos indemnizatórios, na medida em que o reconhecimento da adjudicação pode fundamentar a dedução de pedidos de indemnização pelo interessado, quer contra a entidade adjudicante quer contra os demais agrupados.

Na verdade, se o tribunal julgar procedente o pedido impugnatório e anular a decisão de adjudicação, e se o cumprimento da sentença anulatória passar pela adjudicação da proposta ordenada em lugar subsequente à do adjudicatário inicial, pensamos que poderão colocar-se dois cenários distintos, consoante os desenvolvimentos procedimentais que tiverem ocorrido paralelamente ao processo judicial.

Debrucemo-nos, a terminar, sobre estas duas hipóteses.

7.6.1. Se não houve lugar à celebração do contrato ou a sua execução ficou paralisada – porque o impugnante requereu a adopção de uma providência cautelar de suspensão de eficácia ou porque (cenário menos provável, mas possível) a entidade adjudicante decidiu espontaneamente não dar seguimento à celebração e/ou execução do contrato enquanto o litígio judicial não estivesse dirimido –, a entidade adjudicante poderá proferir um novo acto de adjudicação a favor do agrupamento de que o impugnante fazia parte; e, neste caso, como acima referimos, o impugnante é co-destinatário de um acto administrativo constitutivo de direitos, o que significa que, caso a entidade adjudicante venha depois a revogar aquele acto ou a incumprir as obrigações que do mesmo decorrem, o impugnante poderá demandar a entidade adjudicante, em sede de acção judicial de responsabilidade civil, para o ressarcimento dos danos sofridos em virtude da revogação da adjudicação ou da não celebração do contrato ⁽⁷²⁾.

⁽⁷²⁾ Situação que nos parece enquadrar-se na previsão do art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, de 31/12, não obstante não desconhecermos as discussões doutrinárias mantidas a propósito da ambiguidade deste preceito.

Mas, caso a entidade adjudicante, em observância da sentença, profira efectivamente um novo acto de adjudicação e os demais membros do agrupamento, notificados dessa decisão, venham posteriormente a frustrar a celebração do contrato (nomeadamente, por não cumprirem com as formalidades pós-adjudicatórias legalmente exigidas), o autor terá, *aqui sim*, fundamento para propor uma acção de indemnização contra os restantes agrupados, com base em incumprimento contratual.

Este parece-nos um ponto decisivo, pois um dos argumentos esgrimidos pelo STA para impedir a intervenção principal provocada dos membros do agrupamento numa acção proposta por um único agrupado baseia-se na assunção de que "[o] diferendo existente entre as duas sociedades consorciadas, relativamente à vontade de impugnar ou não o acto de adjudicação do concurso, constitui assunto que apenas a elas respeita enquanto contratantes, eventualmente gerador de responsabilidade contratual, mas que não pode transvazar para o âmbito do seu relacionamento jurídico com a entidade adjudicante do concurso" (73). Ou seja, o STA parece dar por adquirido que, em caso de recusa dos agrupados em subscrever a petição inicial ou em intervir na acção, o autor poderia demandá-los em sede de responsabilidade civil contratual.

No entanto, em nossa opinião, está longe de ser líquido que, *sem ser intentada e decidida a acção de impugnação da adjudicação*, o interessado tivesse fundamento para demandar os demais agrupados.

Na verdade, no raciocínio expendido, o STA parte do pressuposto de que estaria em causa o instituto da responsabilidade contratual, por incumprimento (pelos restantes agrupados) das obrigações decorrentes do contrato de consórcio, de constituição do agrupamento complementar de empresas ou, simplesmente, do compromisso associativo subjacente à formação do agrupamento; no entanto, o que resulta da esmagadora maioria (se não mesmo da totalidade) destes contratos ou compromissos é, na sequência do que decorre da lei, a obri-

gação de os agrupados responderem solidariamente pela manutenção da proposta e de, antes da celebração do contrato, se associarem na modalidade jurídica prevista no programa do procedimento, caso ainda não o tenham feito. O que tais contratos ou compromissos não impõem (nem podiam impor) é que os agrupados concordem na impugnação conjunta da decisão final proferida pela entidade adjudicante, *qualquer que seja o sentido dessa decisão e quaisquer que sejam os fundamentos da respectiva impugnação*. Pelo que, não estando o direito de acção (em regra) contratualmente regulado e sendo, por isso, de exercício livre (cfr. nota 34), a falta de intervenção dos membros do agrupamento no processo que um dos agrupados decidiu unilateralmente propor não é, em si mesma, uma conduta ilícita, pelo que não poderia o interessado fazer apelo ao instituto da responsabilidade contratual contra os restantes agrupados.

Mas, caso (i) o interessado obtenha provimento na acção, (ii) a entidade adjudicante, no cumprimento dos deveres decorrentes da sentença anulatória, profira uma nova decisão de adjudicação a favor do agrupamento, e (iii) os restantes membros do agrupamento, notificados desta decisão, venham a inviabilizar a celebração do contrato, neste cenário, reunidos aqueles três pressupostos, o autor já poderia enfim responsabilizar os demais agrupados, pois só nesta hipótese aqueles estariam eventualmente a violar as obrigações anteriormente assumidas aquando da constituição do agrupamento (74), visto que, sem o reconhecimento de que a sua proposta seria adjudicada, nunca o agrupamento poderia aspirar à celebração do correspondente contrato.

7.6.2. Se, porém, na pendência da acção judicial, o contrato foi entretanto celebrado e integralmente executado pelo adjudicatário inicial – o que consti-

(73) Cfr. Ac. do STA de 24/9/2008, P. 402/08, de algum modo retomado pelo Ac. de 20/9/2011, P. 556/11, já citados.

(74) E, mesmo aqui, a sua responsabilidade poderia ser atenuada ou excluída em função das circunstâncias do caso concreto, relevando sempre, pelo menos, a circunstância de entretanto já ter expirado o prazo de manutenção da proposta apresentada no procedimento pré-contratual.

tuirá a situação mais frequente ⁽⁷⁵⁾ ⁽⁷⁶⁾ –, quando for proferida a sentença favorável, declarando que o agrupamento de que o autor faz parte deveria ter sido o adjudicatário, já não será possível reconstituir a situação que existiria caso o acto impugnado não tivesse sido praticado, registando-se assim uma “situação de impossibilidade absoluta” de satisfação dos interesses do autor – verdadeiramente, a verificação antecipada de uma causa legítima de inexecução da sentença condenatória ⁽⁷⁷⁾ –, que lhe confere o direito a indemnização ⁽⁷⁸⁾.

Uma vez mais, como nesta situação não chegará a ser celebrado qualquer contrato na sequência da

⁽⁷⁵⁾ Porque o interessado não requereu a adopção de providências cautelares, porque a entidade requerida apresentou uma resolução fundamentada (invocando que a suspensão provoca graves prejuízos ao interesse público) ou porque o pedido cautelar foi, a final, indeferido, sendo certo que a jurisprudência se tem mostrado bastante restritiva na concessão de providências cautelares no âmbito pré-contratual, geralmente “com fundamento na falta de alegação e demonstração da probabilidade de sofrer prejuízos decorrentes da actuação ou omissão da entidade adjudicante”: neste sentido, cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, “Algumas questões sobre a concessão de providências cautelares no âmbito dos procedimentos de formação de contratos”, in *CJA*, n.º 85, Janeiro/Fevereiro de 2011, p. 3.

⁽⁷⁶⁾ O projecto de revisão do CPTA contempla algumas novidades relativamente a esta matéria, pois, em transposição das “Directivas Recursos”, prevê que a mera apresentação da petição inicial em processo de contencioso pré-contratual suspenda de imediato a eficácia da decisão impugnada (novo art. 103.º-A), mecanismo esse que é reforçado pela possibilidade de adopção de medidas provisórias (que podem consistir, também, na possibilidade de suspensão de eficácia do acto: cfr. novo art. 103.º-B) e pelo recurso (que se mantém) aos meios cautelares com vista a assegurar a utilidade da sentença a proferir no processo principal (cfr. art. 132.º).

Numa primeira versão deste texto já antecipávamos como provável o surgimento de diversos problemas na compatibilização prática de todos os mecanismos garantísticos preconizados pelo legislador. Tivemos entretanto oportunidade de abordar mais desenvolvidamente alguns desses problemas, pelo que agora nos permitimos remeter para o que já escrevemos a este respeito: cf. os nossos “As providências cautelares pré-contratuais no projecto de revisão do CPTA”, in *E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, ICJP, n.º 2, Junho de 2014 (www.e-publica.pt), bem como “Novidades no domínio do contencioso pré-contratual”, in *O Anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate* (coord. Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão), Lisboa, AAFDL, 2014, *maxime* pp. 172 a 176.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. arts. 163.º, n.º 1, e 178.º, n.º 1, do CPTA.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. arts. 45.º e 102.º, n.º 5, do CPTA.

prolação da sentença, perde relevância a questão de saber se, caso a execução do contrato ainda fosse possível, os restantes membros do agrupamento aceitariam ou não executar a proposta adjudicada. É claro que a entidade adjudicante poderá utilizar este mesmo fundamento para excluir a sua responsabilidade ou, pelo menos, tentar reduzir o montante da indemnização a pagar, na medida em que a alegada falta de colaboração dos demais membros do agrupamento seja qualificada como uma *causa virtual* que sempre inviabilizaria a celebração do contrato e, por isso, não possa considerar-se que os danos invocados pelo autor sejam reconduzíveis à decisão de adjudicação anulada ⁽⁷⁹⁾.

Mas, não obstante os argumentos que a entidade adjudicante poderia eventualmente invocar nesta sede, o que é certo é que, uma vez reconhecido que a proposta apresentada pelo agrupamento deveria ter sido *ab initio* a escolhida, o autor, enquanto membro do agrupamento que apresentou essa proposta, terá à partida direito a *alguma* indemnização, sendo que é à entidade adjudicante que cabe o ónus da prova dos factos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor à indemnização reclamada (não podendo deixar de se salientar que a prova, nesta fase, de que os membros do agrupamento não teriam aceite executar a proposta e celebrar o contrato se poderá revelar uma autêntica *probatio diabolica*...).

7.6.3. A terminar, uma última nota para referir que o pedido indemnizatório poderá ser deduzido pelo interessado isoladamente, sem necessidade de se constituir em litisconsórcio com os demais agrupados para o efeito, e isto, sublinhe-se, *mesmo que continue a entender-se, como até aqui, que apenas o agrupamento como um todo pode impugnar a adjudicação*.

⁽⁷⁹⁾ De resto, ao reagir contenciosamente contra a adjudicação da proposta de outro concorrente, o autor já estará a tomar todas as providências ao seu alcance para afastar ou diminuir a sua culpa enquanto lesado (cfr. art. 4.º da Lei n.º 67/2007), pelo que também nesta perspectiva a acção movida contra a entidade adjudicante reveste uma utilidade autónoma para o interessado, o qual visará assim ver reconhecida e tutelada a sua futura pretensão indemnizatória.

Na verdade, a este propósito o Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que é contrária ao direito da União Europeia, *maxime* por violação do direito à tutela jurisdicional efectiva, uma norma nacional (ou interpretação da mesma) que priva os membros de um agrupamento, a título individual, da possibilidade de pedir uma indemnização pelos danos por si sofridos em consequência de irregularidades verificadas no âmbito do procedimento pré-contratual ⁽⁸⁰⁾.

Embora a situação objecto deste acórdão não seja rigorosamente idêntica à que nos ocupa (na medida em que a lesão invocada naqueles autos não tinha origem numa conduta da entidade adjudicante, mas sim numa decisão de uma entidade terceira, ainda que com influência no procedimento pré-contratual), pensamos que a *ratio* daquela decisão não poderá deixar de ter aqui pleno acolhimento.

MARCO CALDEIRA

⁽⁸⁰⁾ Cfr. Ac. de 6/5/2010, procs. apensos C-145/08 (*Club Hotel Loutraki AE e outros*) e C-149/08 (*Aktor Anonymi Techniki Etaireia*), <http://eur-lex.europa.eu>.