

COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA

CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL

JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E FISCAL

FEVEREIRO 2017



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

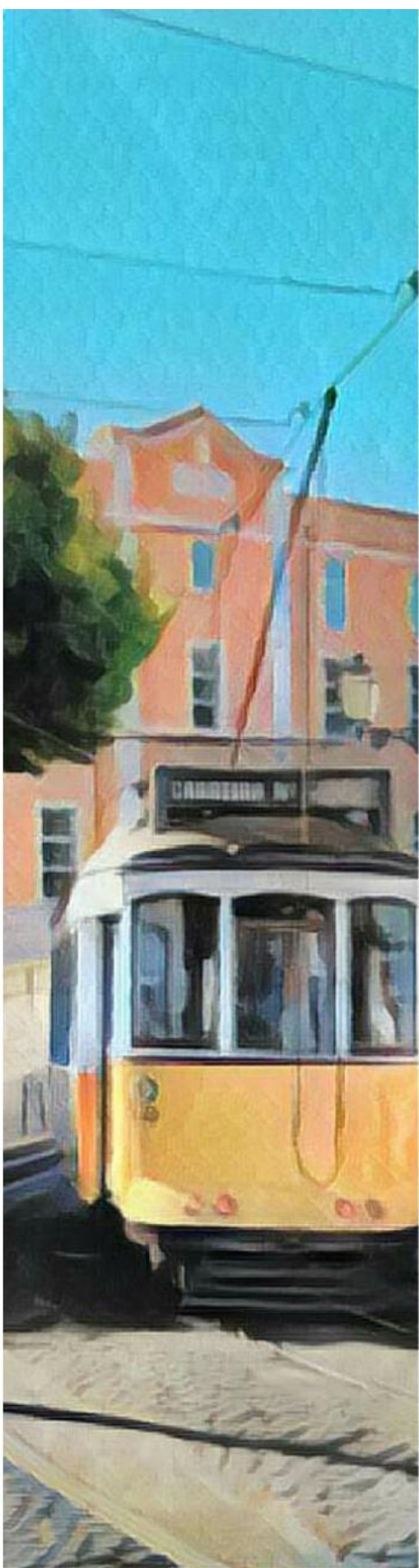
Contencioso Pré-Contratual

Índice

1. Contencioso pré-contratual	9
Rodrigo Esteves de Oliveira	
2. O novo contencioso pré-contratual	17
Marco Caldeira	
3. Alterações ao contencioso pré-contratual	51
Margarida Olazabal Cabral	
4. Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de <i>chance</i>	67
Rui Cardona Ferreira	
5. Responsabilidade civil pré-contratual das entidades públicas.....	89
Carlos Cadilha	
6. Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de <i>chance</i> nos procedimentos de contratação pública.....	107
Pedro Fernández Sánchez	

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





**2.
O novo
contencioso
pré-contratual**

Marco Caldeira

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



O “NOVO” CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL (TÓPICOS DESENVOLVIDOS PARA UMA INTERVENÇÃO)*

Marco Caldeira**

1. Através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, o legislador procedeu a uma revisão do regime do contencioso administrativo, constante do CPTA, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

Entre as múltiplas alterações agora introduzidas no CPTA, destaca-se a revisão do regime do contencioso pré-contratual, numa transposição tardia da Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007 (que reviu as denominadas “Directivas recursos”¹) e que já há muito era reclamada pela doutrina, já que o regime do Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro – que anteriormente alterara o CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, com esse fito –, não se mostrava suficiente para dar resposta aos imperativos do Direito da União Europeia².

O presente texto visa assim, de forma sumária e, por vezes, quase tópica, dar a conhecer as principais alterações do regime do processo de contencioso pré-contratual, regulado nos artigos 100.º e seguintes do CPTA³, não deixando de, aqui e ali, problematizar algumas questões suscitadas pelas novas soluções legais.

* Em 24 de Outubro de 2014, tive a oportunidade de participar numa acção de formação promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (“CEJ”), intitulada “Ministério Público na Justiça Administrativa”, na qual efectuei uma intervenção subordinada ao tema do “Contencioso dos Contratos”.

Nessa sequência, vim depois a ser convidado a contribuir para este e-book com um texto sobre o tema em causa.

Tendo em conta o tempo entretanto decorrido e, sobretudo, os desenvolvimentos verificados durante esse lapso temporal – com a revisão operada através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015 e com o surgimento de diversos contributos doutrinários sobre o novo regime –, pareceu-me que não haveria já grande vantagem em limitar-me a passar a escrito os tópicos da exposição que então apresentei no CEJ, afigurando-se-me bem mais relevante, pelo contrário, traçar agora um panorama global (ainda que não exaustivo) da “nova” disciplina legal do contencioso pré-contratual. Foi o que procurei fazer nas modestas linhas que se seguem.

Ressalvo que, para não maçar o leitor com simples (e inúteis) repetições do que, nos últimos anos, já fui escrevendo sobre o tema, muitas das notas deste artigo são meramente remissivas para outros meus textos anteriores, nos quais, aí sim, poderá o leitor encontrar uma abordagem mais desenvolvida e um elenco bibliográfico mais completo sobre as questões tratadas.

Por fim, a concluir este apontamento inicial, agradeço publicamente à Dra. ANA CELESTE CARVALHO os dois convites que me formulou (primeiro para a participação na acção de formação e, agora, para a escrita deste texto), esperando, em ambos os casos, ter ido ao encontro do que tão amavelmente me foi solicitado.

** Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogado.

¹ A Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, e a Directiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992.

² Cf. as referências no nosso “Novidades no domínio do contencioso pré-contratual”, in AA.VV., *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), AAFDL, Lisboa, 2014, página 150, nota 6.

Para uma descrição da evolução da tutela pré-contratual no Direito da União Europeia e um olhar sobre a sua deficiente transposição para o ordenamento jurídico Português, cf., por último, CLÁUDIA VIANA, “A conformação do processo administrativo pelo Direito da União Europeia: o caso paradigmático da cláusula de *standstill* nos contratos públicos”, in AA.VV., *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, páginas 131 a 145.

³ De sublinhar que o presente texto se cingirá unicamente à resolução de litígios pré-contratuais através do processo urgente de contencioso pré-contratual, disciplinado nos artigos 100.º a 103.º-B do CPTA, não entrando



2. A primeira alteração a destacar prende-se com o **âmbito objectivo** deste meio processual, que passa agora a abranger também os (litígios suscitados no seio de procedimentos pré-contratuais de formação de) contratos de **concessão de serviços públicos**⁴. De notar que, até ao Decreto-Lei n.º 214-G/2015, só os contratos de concessão de empreitadas de obras públicas (mas já não de concessão de serviços públicos) estavam abrangidos pelo contencioso pré-contratual⁵. Esta alteração legislativa não pode também ser integralmente compreendida se não se tiver em conta que, do ponto de vista procedimental/substantivo (e não processual), os contratos de concessão ganharam uma dignidade acrescida, com a aprovação e publicação de uma Directiva especificamente destinada a regular a adjudicação de concessões: a Directiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014⁶. Como se refere no ponto 5.2 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, a ampliação do âmbito de aplicação do contencioso pré-contratual teve como resultado que este meio processual passasse “a abranger o contencioso relativo à formação de todos os tipos contratuais compreendidos pelo âmbito de aplicação das diretivas da União Europeia em matéria de contratação pública”⁷.

aqui a analisar o regime das arbitragens pré-contratuais de Direito Público, ao abrigo da inovadora possibilidade agora expressamente prevista no 180.º, n.º 3 do Código de Processo.

Como já tivemos oportunidade de dedicar um texto especificamente a essa temática, permitimo-nos agora remeter para o que já escrevemos (com TIAGO SERRÃO) em “As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo Português: entre a novidade e o risco de ineffectividade”, in AA.VV., *Arbitragem em direito público* (coord. CARLA AMADO GOMES, DOMINGOS SOARES FARINHO e RICARDO PEDRO), AAFDL, Lisboa, 2015, páginas 289 a 329.

Cf. ainda, sobre o assunto, mais recentemente, TIAGO SERRÃO, “A arbitragem no CPTA revisto: primeiras impressões”, in AA.VV., *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, páginas 284 a 289, PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, in AA.VV., *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, páginas 676 a 678 e 680, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Apontamento sobre o regime da arbitragem respeitante a litígios relativos à formação de contratos públicos”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2016, páginas 843 a 853, e JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, “Breves considerações sobre a arbitragem pré-contratual no CPTA revisto”, *Revista de Arbitragem Administrativa*, n.º 2, CAAD, 2016, páginas 18 a 23.

Também o recente Anteprojecto de revisão do CCP, neste momento em fase de aprovação (depois de ter estado sujeito a discussão pública entre 2 de Agosto e 10 de Outubro de 2016), se propõe aditar a este diploma um novo artigo 476.º, epígrafado “Resolução alternativa de litígios” e que regula – aliás, de forma que, numa primeira leitura, nos parece restritiva – “[o] recurso à arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios (...) para a resolução de litígios emergentes da aplicação do presente Código” (in <http://www.portugal.gov.pt/pt/consultas-publicas/consultas-legislativas/20160802-mpi-cod-contratos-publicos.aspx>). Esta é, no entanto, matéria que não cabe aqui apreciar. Sobre o tema, cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Nota sobre a arbitragem no Anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos”, in *Revista de Arbitragem Administrativa*, n.º 2, CAAD, 2016, páginas 24 a 29, bem como JOÃO MIRANDA, “Novidades sobre arbitragem no anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos”, in AA.VV., *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos* (coord. MARIA JOÃO ESTORNINHO e ANA GOUVEIA MARTINS), Lisboa, 2016, páginas 313 a 323 (in www.icjp.pt).

Do mesmo modo, também não analisaremos aqui o contencioso pré-contratual não urgente: sobre este tema, cf., por todos, PEDRO COSTA GONÇALVES, “O regime jurídico do contencioso pré-contratual não urgente”, in AA.VV., *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, páginas 541 a 550.

⁴ Cf. a nova redacção do artigo 100.º, n.º 1 do CPTA.

De salientar, no entanto, que só as concessões de *serviços públicos* são agora aditadas ao âmbito objectivo do contencioso pré-contratual, mas outros contratos de concessão (v.g., de exploração e de uso privativo do domínio público, bem como de exploração de jogos de fortuna ou azar) continuam a estar dele excluídos: cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 15.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, página 240, nota 564, bem como PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime...”, cit., página 658.

⁵ Cf. “Novidades...”, cit., página 152, nota 10.

⁶ Cf. “Novidades...”, cit., página 153, nota 11.

⁷ Realce-se, contudo, que não há uma correspondência integral entre o âmbito do processo de contencioso pré-contratual e o âmbito da aplicação das Directivas europeias. Como salienta PEDRO COSTA GONÇALVES, por um lado, quanto aos contratos de concessão, as Directivas têm em vista um conceito amplo de “concessão de serviços”, não