

CADERNOS DE JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

2 Nota de abertura

Artigos

3 Contas, Jurisdições e Constituição

Paulo Pereira Gouveia

11 A responsabilidade das entidades adjudicantes

Rui Cardona Ferreira

Anotações

26 Uma reclamação indesejada, verdadeira armadilha

contra actionem – Ac. do STA n.º 3/2012, P. 420/12,

de 5.6.2012, anotado por

Armindo Ribeiro Mendes

37 “Alto e pára o baile!” – O excecional prejuízo para o
interesse público como mera causa de inexecução da
decisão cautelar – Ac. do TCA Sul de 17.3.2011,

P. 7278/11, anotado por

Miguel Prata Roque

48 Informação de Jurisprudência

Novembro/Dezembro de 2012

Carlos Carvalho

Rosendo Dias José

Vítor Gomes

97

A responsabilidade das entidades adjudicantes

I. Introdução: o défice de tutela *secundária* dos concorrentes

1. Sob o impulso do direito da União Europeia, a ordem jurídica portuguesa e a prática jurisprudencial dos nossos tribunais administrativos conheceram, nos últimos anos, uma assinalável evolução no sentido do reforço da tutela *primária* dos concorrentes em procedimentos adjudicatórios públicos, por via, nomeadamente, da adoção (i) de um meio processual principal urgente – cf. arts. 100.º e segs. do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) –, (ii) de regras especiais em matéria de providências cautelares – cf. art. 132.º do CPTA – e, mais recentemente, (iii) de um regime de invalidade particularmente favorável à conservação da *coisa contratada* – cf. arts. 283.º e 283.º-A do Código dos Contratos Públicos (CCP).

No entanto, se compulsarmos a jurisprudência dos tribunais superiores da nossa jurisdição administrativa, facilmente se constata que esta tendência não foi acompanhada por um reforço consistente da tutela *secundária*, ou *ressarcitória*, dos concorrentes ilicitamente preteridos em procedimentos pré-contratuais. Esta discrepância é, aliás, bem evidente na escassez de decisões que tenham condenado as entidades adjudicantes no ressarcimento do interesse contratual positivo e, em especial, dos lucros cessantes que poderiam ter advindo para o concorrente preterido da regular execução do contrato objeto do procedimento.

Este fenómeno traduz, designadamente, o diferente grau de zelo e de empenho que tanto o legislador europeu como, em especial, o legislador nacional têm votado a estas duas vertentes da tutela dos concorrentes. Em particular, e como adiante se verá, para este estado de coisas muito contribui a fórmula *vazia* que foi consagrada no art. 7.º,

n.º 2, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (RRCEE), aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31/12, e já alterado, entretanto, pela Lei n.º 31/2008, de 17/7.

Vale a pena, pois, passarmos em revista algumas decisões judiciais sobre esta matéria, tendo em vista conhecer os seus contornos e fundamentos, antes de entrarmos numa análise mais aprofundada.

2. A recusa de indemnização do interesse contratual positivo dos concorrentes ilicitamente preteridos tem sido acompanhada pelo surgimento de uma corrente jurisprudencial que funda o direito a indemnização na mera perda de *chance* de reinstrução do procedimento adjudicatório, em virtude da existência de causa legítima de inexecução.

Cumprir começar por referir, a propósito desta corrente jurisprudencial, o aresto tirado pelo Supremo Tribunal Administrativo (STA) em 29/11/2005, relativo ao proc. 41 321-A, onde foi apreciado, em sede de execução de sentença anulatória, o pedido de indemnização formulado por um concorrente preterido na adjudicação de um contrato de empreitada.

O concorrente peticionava a indemnização dos lucros cessantes, correspondentes ao ganho que provavelmente teria obtido com a execução da obra, e dos danos emergentes, correspondentes aos custos em que incorreu para elaboração e apresentação da proposta no concurso público em causa. Recusando admitir, formalmente, a indemnização dos lucros cessantes ou dos danos emergentes, o STA considerou que o pedido do requerente tinha de ser entendido como referente à verificação de uma causa legítima de inexecução – e à consequente impossibilidade de ver apreciada a sua proposta no procedimento concursal em causa – e não como situação de responsabilidade civil emergente de facto