

REVISTA DE

**DIR
EITO
ADMI
NIS
TRA
TIVO**

SETEMBRO > DEZEMBRO '18

#3



O levantamento do efeito suspensivo no contencioso pré-contratual no quadro da proposta de alteração ao CPTA

Duarte Rodrigues Silva

Mestre em Direito

Advogado na Sérvulo & Associados

1. Como é sabido, a Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro (*Diretiva Recursos*, que altera as Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE), impôs aos Estados-Membros o estabelecimento de um efeito suspensivo automático da decisão de adjudicação, da qual se reaja contenciosamente, até que o Tribunal se pronuncie sobre o pedido formulado. Nos termos do artigo 2.º, n.º 3, de ambas as Diretivas, “*caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso*”. A citada disposição consagra, assim, para os concorrentes num procedimento pré-contratual, um verdadeiro direito – o direito a beneficiar de um *prolongamento automático do efeito suspensivo* decorrente da obrigação de “*standstill*” sempre que, no decurso desta, seja deduzida uma pretensão contenciosa (principal ou cautelar) contra o ato de adjudicação.

O regime europeu não deixou de acautelar a possibilidade de os Estados-Membros “*pode[rem] prever que a instância responsável pelo recurso possa ter em conta as consequências prováveis da aplicação das medidas provisórias atendendo a todos os interesses suscetíveis de serem lesados, bem como o interesse público, e decidir não decretar essas medidas caso as consequências negativas das mesmas possam superar as vantagens*” (artigo 2.º, n.º 5, também de ambas as Diretivas).

2. Igualmente sabida era, porém a circunstância de o CPTA/2002¹, mesmo depois de expirado o prazo

para a transposição da Diretiva 2007/66/CE², continuar a não assegurar (corretamente) a transposição das duas disposições referidas: (i) por não prever que a impugnação do ato de adjudicação dentro do prazo de *standstill* produzisse o efeito suspensivo da decisão de adjudicação; (ii) por não prever qualquer solução que determinasse a paralisação dos efeitos do ato, que só com a intervenção jurisprudencial, casuística e nem sempre uniforme, foi permitindo a aplicação da solução prevista no artigo 128.º do CPTA/2002 ao contencioso pré-contratual; (iii) por se permitir que, no quadro da aplicação do artigo 128.º, o efeito suspensivo decorrente da citação da entidade requerida no âmbito de uma providência de suspensão de eficácia fosse levantado por mero efeito da apresentação em juízo de uma *resolução fundamentada* nos termos da qual se alegasse que “*o diferimento da execução seria gravemente prejudicial para o interesse público*”. Sucede porém que o critério que o legislador europeu admitiu para o levantamento do efeito suspensivo foi o da *ponderação de interesses* – a efetuar, não pela própria entidade requerida, mas sim pela “*instância responsável pelo recurso*”, ou seja, o Tribunal³.

“Se ao referido se aliar (i) a tendencial demora na apreciação dos incidentes de declaração de ineficácia dos atos de execução indevida e (ii) a relativa *parcimonía* com que eram – e continuam a ser – atendidas as justificações dadas pelas entidades adjudicantes,

gnação CPTA/2015 para a versão do diploma aprovada pelo referido decreto-lei de 2015.

² Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 2007/66/CE, esse prazo findava a 20 de dezembro de 2009.

³ Na legislação nacional, o critério da *ponderação dos interesses* foi (apenas) recebido como *critério de decretamento* das providências cautelares relativas à formação de contratos: sem prejuízo dos casos de palmar invalidade, o CPTA previa – e continua a prever, mas num cenário de relativa *capitis diminutio* do regime do artigo 132.º, que já não se aplica aos *contratos comunitários* – que a concessão ou não concessão de tais providências cautelares dependeria apenas do resultado da ponderação de interesses a que procedesse o Tribunal (artigo 132.º, n.º 6).

¹ Designa-se assim o Código de Processo nos Tribunais Administrativos na versão anterior ao Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e objeto de alteração através Leis n.ºs 4-A/2003, de 19 de fevereiro, 59/2008, de 11 de setembro, e 63/2011, de 14 de dezembro). Reserva-se a desi-