

Portugal

ALTERAÇÕES AO REGIME DA SUSPENSÃO AUTOMÁTICA DOS ATOS DE ADJUDICAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL URGENTE – ALGUMAS OBSERVAÇÕES

Afonso Choon

Advogado da Uría Menéndez Proença de Carvalho (Lisboa)

Alterações ao Regime da Suspensão Automática dos Atos de Adjudicação no Âmbito do Contencioso Pré-contratual Urgente – Algumas Observações

A Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, veio introduzir alterações substanciais ao regime do contencioso pré-contratual urgente, em particular no que toca ao regime da suspensão automática do ato de adjudicação. Com efeito, o âmbito de aplicação do artigo 103.º-A do Código do Processo nos Tribunais Administrativos foi severamente restringido, limitando a capacidade de os concorrentes preteridos em procedimentos de contratação pública impedirem judicialmente a celebração e até a execução do contrato adjudicado. A solução encontrada para procurar garantir provisoriamente a posição das entidades demandantes – de estender o regime das medidas provisórias, previstas no artigo 103.º-B, aos processos impugnatórios a que não se aplique o n.º 1 do artigo 103.º-A do Código do Processo nos Tribunais Administrativos – revela-se insuficiente, senão mesmo, em muitos casos, inútil.

PALAVRAS CHAVE:

CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL URGENTE; IMPUGNAÇÃO DO ATO DE ADJUDICAÇÃO; SUSPENSÃO AUTOMÁTICA DO ATO DE ADJUDICAÇÃO; MEDIDAS PROVISÓRIAS; REVISÃO DO CPTA; LEI N.º 118/2019, DE 17 DE SETEMBRO.

Changes to the Automatic Suspension Regime for Acts of Award in the context of Urgent Pre-contractual Litigation - Some Observations

Law 118/2019, of 17 September, has carried out substantial changes to the public procurement litigation procedure framework, specifically in what regards the automatic suspension of the awarding act. Indeed, the scope of application of article 103-A of the Administrative Courts Procedural Code was severely reduced, limiting the capacity of non-selected bidders in a public procurement procedure to judicially prevent the public authority and the awardee from executing and performing the awarded contract. The solution enacted by Law 118/2019, of 17 September, to temporarily guarantee the rights of challenging parties – extending the possibility of requesting provisory measures in proceedings to which article 103-A(1) of the Administrative Courts Procedural Code no longer applies – is insufficient and, in several cases, useless.

KEY WORDS:

PUBLIC PROCUREMENT LITIGATION; CHALLENGE OF THE AWARDING ACT; AUTOMATIC SUSPENSION OF THE AWARDING ACT; PRELIMINARY MEASURES; CHANGES TO THE ADMINISTRATIVE COURTS PROCEDURAL CODE; LAW 118/2019, OF 17 SEPTEMBER.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-2-2020

Choon, Afonso (2020). Alterações ao Regime da Suspensão Automática dos Atos de Adjudicação no Âmbito do Contencioso Pré-contratual Urgente – Algumas Observações. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 163-176 (ISSN: 1578-956X).

1. Enquadramento

O contencioso pré-contratual sempre foi uma das áreas processuais do contencioso administrativo em que a justa composição provisória ou cautelar dos interesses em jogo se revelou mais delicada.

Com efeito, de um lado, encontra-se a entidade adjudicante que pretende satisfazer, o mais rapidamente possível (por vezes de forma urgente e inadiável), o interesse público subjacente à decisão de contratar. Do mesmo lado se encontra ainda o adjudicatário que, tendo vencido o procedimento de contratação pública, terá todo o interesse em não aguardar pelo desfecho da ação de impugnação do ato de adjudicação para iniciar a execução do contrato; a impugnação do ato de adjudicação acrescenta ainda incerteza quanto ao *se* e *quando* será executado o contrato, podendo ademais, pelo mero decurso do tempo, provocar-lhe prejuízos assinaláveis¹. Do outro lado, encontra-se o concorrente preterido, que, acreditando que o ato de adjudicação do contrato padece de ilegalidade, pretende obter a sua invalidação judicial, por forma a ser ele a celebrar e a executar o contrato; o que não será possível, caso os efeitos da adjudicação ou a execução do contrato não sejam suspensos. Ora, como é bom de ver, salvaguardar processual e provisoriamente as posições *supra* mencionadas não se afigura tarefa fácil, pelo que qualquer alteração legislativa que incida sobre o regime do contencioso pré-contratual poderá perturbar, de forma desproporcional e injustificada, o equilíbrio necessário a garantir, por um lado, os direitos da entidade adjudicante e do adjudicatário e, por outro lado, o princípio da tutela jurisdicional efetiva, que a Constituição garante ao concorrente preterido.

Através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, o legislador nacional promoveu uma verdadeira revolução no âmbito do contencioso pré-contratual urgente, determinando, nos ter-

mos do aditado artigo 103.º-A do CPTA, que a impugnação de qualquer ato de adjudicação faria suspender de forma automática os efeitos daquele ato. Assim, na sequência da impugnação de um ato de adjudicação, caso a entidade adjudicante e o adjudicatário pretendessem celebrar ou executar o contrato, teriam de requerer ao tribunal, nos termos dos n.ºs 2 a 4 do artigo 103.º-A do CPTA, o levantamento do efeito suspensivo.

O modo amplo como foi consagrada a suspensão automática do ato de adjudicação foi, **a um tempo**, duramente criticado por alguma doutrina², que entendia que o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA ia muito além do que era exigido pelas chamadas Diretivas Recursos³. Isto porque, *por um lado*, o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA se aplicava a todos os procedimentos de contratação pública, ainda que estes não estivessem sujeitos ao período de *standstill* previsto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 104.º e no n.º 3 do artigo 95.º do Código dos Contratos Públicos ("**CCP**")⁴. *Por outro lado*, o prazo de impugnação do ato de adjudicação – 30 dias – encontrava-se desfasado do período de *standstill* – 10 dias úteis –, o que poderia levar a que a entidade adjudicante e o adjudicatário celebrassem, de boa fé, o contrato, iniciassem a sua execução e, subsequentemente, se vissem forçados a interromper a execução do contrato por força da mencionada suspensão automática. Por estes e outros motivos, entendia António Cadilha que a solução então encontrada não garantia "*um tratamento equilibrado de todos os interesses em jogo*" e que a mesma seria "*desproporcional [e] suscetível de afetar, de forma desmedida, os interesses da entidade adjudicante e do adjudicatário*"⁵.

A outro tempo, os tribunais da jurisdição administrativa viram-se, desde a introdução do artigo 103.º-A do CPTA, a braços com uma enchente de pedidos de levantamento do efeito suspensivo. Sem prejuízo, como se sabe, os tribunais administrativos encontram-se, há largos anos, com falta de meios para fazer face a todos os processos que dão entrada na jurisdição administrativa. Tal situação levava a que – apesar de os curtos prazos que se encontram previstos no n.º 3 do artigo 103.º-A do CPTA, para que seja emitida uma decisão judicial quanto ao levantamento do efeito suspensivo – a tramitação daquele incidente pudesse demorar vários meses. Esta circunstância provocava uma enorme entropia na atividade contratual da Administração, levando a que o interesse público subjacente à celebração do contrato adjudicado fosse protelado durante meses a fio.

Foi, pois, com vista a resolver as críticas e os problemas apontados *supra*, que a Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro ("**Lei 118/2019**"), introduziu profundas alterações ao regime previsto nos artigos 103.º-A e 103.º-B do CPTA. Com efeito, como se observará em maior detalhe *infra*, por um lado, o âmbito de aplicação da suspensão automática do ato de adjudicação, conforme previsto no n.º 1 do artigo 103.º-A, foi severa e fortemente limitado. Por outro, por forma a procurar garantir a tutela provisória nos processos impugnatórios que ficaram de fora do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, o regime das medidas provisórias do artigo 103.º-B foi alargado àqueles processos.

Vejamus então em que é que essas alterações se traduziram e se tutelam adequadamente os interesses dos diversos intervenientes nos processos de contencioso pré-contratual urgente.

2. Suspensão automática dos efeitos do ato de adjudicação

Nos termos do n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA (conforme alterado pela Lei 118/2019): “[a]s ações de contencioso pré-contratual que tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação relativos a procedimentos aos quais é aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 95.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º do Código dos Contratos Públicos, desde que propostas no prazo de 10 dias úteis contados desde a notificação da adjudicação a todos os concorrentes, fazem suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado”. Ao abrigo deste preceito, a suspensão automática do ato de adjudicação encontra-se agora dependente da verificação de **dois requisitos cumulativos**.

O primeiro requisito prende-se com o procedimento no âmbito do qual foi emitido o ato de adjudicação (requisito procedimental). Assim, a suspensão automática só se produzirá em relação aos atos de adjudicação dos contratos cuja celebração ou execução esteja condicionada pelo CCP à observância do período *standstill* (i.e. obrigação que impende sobre a entidade adjudicante e sobre o adjudicatário de não celebrar ou executar o contrato durante o período de 10 dias úteis subsequentes à notificação da adjudicação). Neste sentido, a impugnação de atos de adjudicação só poderá suspender de forma automática os efeitos daqueles atos:

- i. Em procedimentos:
 - a. Cujo anúncio tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia (“**JOUE**”);
 - b. Em que tenha sido apresentada mais do que uma proposta; e
 - c. Que não visem a celebração de um contrato ao abrigo de acordo-quadro (*i*) cujos termos abranjam todos os seus aspetos ou (*ii*) que tenha sido celebrado apenas com uma entidade [(a alínea *a*) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 104.º do CCP]; ou
- ii. Em procedimentos:
 - a. *Em que não tenha sido exigida a redução do contrato a escrito* (v.g. contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços cujo preço contratual não exceda EUR 10.000,00);
 - b. *Nos quais tenha sido dispensada a redução do contrato a escrito* (v.g. concurso público urgente ou por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis) (n.os 1 e 2 do artigo 95.º do CCP).

Neste sentido, ficarão designadamente de fora do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA todos os atos de adjudicação que tenham sido emitidos em procedimentos de contratação pública (*i*) que não tenham sido anunciados no JOUE (que representam uma fatia substancial dos procedimentos de contratação pública tramitados em Portugal) ou (*ii*) em que tenha sido apresentada uma só proposta.

O segundo requisito prende-se com o momento em que a ação de impugnação do ato de adjudicação é intentada. Com efeito, para que a impugnação judicial suspenda automaticamente os efeitos do ato de adjudicação é ainda necessário que a mesma tenha sido proposta no prazo de 10 dias úteis a contar da notificação do ato de adjudicação a todos os concorrentes. Este prazo, como é bom de ver, coincide em absoluto com o período de *standstill* previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º do CCP e no n.º 3 do artigo 95.º do CCP.

Sem prejuízo do exposto, o prazo de impugnação dos atos de adjudicação não foi alterado (artigo 101.º do CPTA), continuando a ser de 30 dias. Porém, a impugnação apenas produzirá efeitos suspensivos se for intentada no prazo de 10 dias úteis a contar da notificação do ato de adjudicação. Significa, pois, que, se o autor pretender que a impugnação suspenda automaticamente os efeitos do ato de adjudicação, passa a ter o ónus de intentar a ação no prazo mais curto de 10 dias úteis.

Com base no exposto, pode, pois, concluir-se que:

- i. O regime de suspensão automática previsto no artigo 103.º-A do CPTA só será aplicável nos procedimentos de contratação pública em que vigore o período de *standstill*, previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º do CCP e no n.º 3 do artigo 95.º do CCP; e
- ii. Caso estejamos perante um procedimento deste tipo, a impugnação só produzirá efeitos suspensivos automáticos quando for intentada durante o período de *standstill* (i.e. no prazo de 10 dias úteis).

A contrario, significa, pois, que a impugnação não produzirá efeitos suspensivos automáticos:

- i. Nos procedimentos em que não seja aplicável o período de *standstill*; e
- ii. Nos procedimentos em que seja aplicável o período de *standstill*, quando a impugnação não seja intentada durante o período de *standstill*.

Em relação a estes últimos casos, como se observará em maior detalhe *infra*, a suspensão do ato de adjudicação ou da execução do contrato apenas poderá ser obtida através do decretamento de medidas provisórias (artigo 103.º-B do CPTA).

Em face do enquadramento *supra*, o novo regime da suspensão automática do ato de adjudicação suscita-nos **quatro** observações.

Primeira, considerando o exposto em 1. *supra*, parece evidente que o legislador foi sensível às críticas da doutrina (sobretudo as aduzidas por António Cadilha⁶), fazendo assim coincidir, em absoluto, o âmbito de aplicação da suspensão automática do ato de adjudicação com o âmbito de aplicação objetivo e temporal do *standstill* previsto no CCP. Ou seja, a suspensão automática só se verificará quando o procedimento de contratação pública esteja sujeito ao *standstill* e quando a impugnação seja intentada durante o período do *standstill*.

Segunda, para que se verifique a suspensão automática do ato de adjudicação é suficiente que o autor impugne aquele ato durante o período de *standstill*, não se exigindo, pois, que a entidade

demandada e os concontrainteresados sejam citados durante o período de *standstill*. Significa isto que, embora de forma muito menos frequente, ao abrigo do novo regime, poderão ainda verificar-se casos em que, aquando da sua citação, a entidade adjudicante e o adjudicatário tenham já assinado e iniciado a execução do contrato. Nessas situações, não sendo possível suspender os efeitos do ato de adjudicação – visto que os mesmos já se produziram –, será a execução do contrato que ficará suspensa.

Terceira, ao prazo de impugnação de 10 dias úteis, previsto no n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, não se aplica o regime de multas previsto no n.º 5 do artigo 139.º do Código de Processo Civil para a prática de atos processuais. É que, como é bom de ver, aquele prazo não é um prazo processual, mas sim um prazo substantivo (prazo para exercício de uma faculdade).

Quarta e última, apesar de o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA ter reduzido para 10 dias úteis o prazo de impugnação com efeitos suspensivos automáticos, manteve-se em 20 dias o prazo para a entidade demandada e os concontrainteresados contestarem (alínea *a*) do n.º 3 do artigo 101.º do CPTA). Ora, apesar de se poder contrapor (*i*) que o prazo de impugnação dos atos de adjudicação se mantém igualmente (30 dias) e (*ii*) que o autor não é obrigado a intentar a ação no prazo de 10 dias úteis, a verdade é que, na esmagadora maioria dos casos, os concorrentes preteridos irão procurar intentar a ação no prazo de 10 dias úteis, de modo a que a impugnação tenha efeito útil. Sobretudo porque, como se observará em 4. *infra*, o regime das medidas provisórias, previsto no artigo 103.º-B do CPTA, não é adequado, por regra, para impedir que o contrato adjudicado seja celebrado e executado (pelo menos em parte). Significa, pois, que, na prática, os concorrentes preteridos irão sempre (com honrosas exceções) impugnar os atos de adjudicação passíveis de aplicação do n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA no prazo exíguo de 10 dias úteis.

Neste sentido, parece-nos que o legislador poderia ter sido sensível a esta circunstância e, em obediência ao princípio da igualdade de armas, ter previsto um prazo de 10 dias úteis para a entidade demandada e os concontrainteresados contestarem nos casos em que a impugnação foi intentada no prazo de 10 dias úteis.

3. Levantamento do efeito suspensivo automático

Nos termos dos n.ºs 2 e 4 do artigo 103.º do CPTA, antes da revisão levada a cabo pela Lei 118/2019:

“2 - [...] a entidade demandada e os concontrainteresados podem requerer ao juiz o levantamento do efeito suspensivo, alegando que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos, havendo lugar, na decisão, à aplicação do critério previsto no n.º 2 do artigo 120.º;

4 - O efeito suspensivo é levantado quando, ponderados os interesses suscetíveis de serem lesados, os danos que resultariam da manutenção do efeito suspensivo se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento.”

Com base nestas disposições, a maioria da doutrina e da jurisprudência entendia que o levantamento do efeito suspensivo dependia da verificação de **dois requisitos cumulativos**.

Em primeiro lugar, a entidade demandada ou os contrainteresados teriam de demonstrar que (i) o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público e/ou (ii) este diferimento geraria consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos. Para demonstrar a verificação deste primeiro requisito, o requerente teria de alegar e provar que a manutenção do efeito suspensivo iria provocar prejuízos especialmente qualificados e excepcionais, não se incluindo aqui, designadamente, todos aqueles que, em geral e por regra, decorrem da suspensão do ato de adjudicação⁸. Caso o requerente não conseguisse demonstrar a verificação destes prejuízos especialmente qualificados, o requerimento deveria ser, sem mais, indeferido⁹.

Em segundo lugar, encontrando-se verificado o primeiro requisito, e só então, deveria o tribunal proceder à ponderação de interesses exigida, então, pela parte final do n.º 2 e pelo n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA. A este propósito, entendia Rodrigo Esteves de Oliveira – posição a que aderimos – que nesta ponderação de interesses não se deveriam colocar na balança os prejuízos invocados pela entidade demandada e pelos contrainteresados que não revestissem o grau de excepcionalidade previsto no n.º 2 do artigo 103.º-A do CPTA (*i.e.* prejuízos que não fossem especialmente qualificados e excepcionais)¹⁰. Com efeito, não só era essa solução a única que permitia compatibilizar o disposto no n.º 2 com o n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA, como não faria sentido que, na ponderação de interesses, se pudessem contabilizar prejuízos que não foram considerados para efeitos do primeiro requisito e que poderiam assim, contra aquela que parece ter sido a ponderação ideada pelo legislador, fazer mais facilmente desequilibrar a balança a favor do levantamento do efeito suspensivo.

Concretizado o estado da arte antes da revisão, vejamos então as alterações que foram aprovadas pela Lei 118/2019:

- i. Do n.º 2 do artigo 103.º-A do CPTA, deixou de constar qualquer requisito relativo ao deferimento do pedido de levantamento do efeito suspensivo, limitando-se agora a disposição a referir que, na pendência da ação, a entidade demandada e os contrainteresados podem requerer o levantamento do efeito suspensivo;
- ii. O n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA passou a conter todos os requisitos de que depende o levantamento do efeito suspensivo, dispondo: *“o efeito suspensivo é levantado quando, ponderados todos os interesses suscetíveis de serem lesados, o diferimento da execução do ato seja gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para os outros interesses envolvidos”*;
- iii. Deixa de se fazer qualquer referência ao n.º 2 do artigo 120.º do CPTA.

Ora, à luz da nova redação do n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA, poder-se-ia pensar que o legislador pretendeu fazer depender o levantamento do efeito suspensivo da simples verificação de graves prejuízos para o interesse público ou de consequências lesivas claramente desproporcionadas

para os outros interesses envolvidos (*"o efeito suspensivo é levantado quando (...) o diferimento da execução do ato seja gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para os outros interesses envolvidos"*). Isto é, atendendo à letra do preceito – que, admita-se, não é feliz – poder-se-ia entender que, com a alteração ao n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA, teria sido expurgada a verificação do segundo requisito *supra* mencionado – a ponderação de interesses.

Entendemos, porém, que não será assim¹¹. **Por um lado**, porque é também a própria letra da lei que exige que se *"ponderem todos os interesses suscetíveis de ser lesados"*. Ora, se fosse suficiente para o levantamento do efeito suspensivo que se verificasse um *"grave prejuízo para o interesse público"*, então, obviamente, a referência à *"ponderação de todos os interesses suscetíveis de serem lesados"* não teria qualquer sentido útil. Para mais quando a segunda alternativa do preceito (*"gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para os outros interesses envolvidos"*) já parece obrigar a que se realize essa ponderação de interesses no que toca aos prejuízos dos contrainteressados. **Por outro lado**, porque a eliminação desse juízo violaria as Diretivas Recursos, que apenas admitem como fundamento para o levantamento do efeito suspensivo a circunstância de as consequências negativas da manutenção da suspensão superarem as vantagens¹².

Neste sentido, adotando uma interpretação conforme às Diretivas Recursos, com ainda inteiro cabimento na letra da lei, não pode deixar de se recusar a absolutização do *"conceito indeterminado de gravemente prejudicial em detrimento da necessária ponderação entre os vários interesses em presença"*¹³.

Considerando o exposto, parece-nos que, apesar da alteração dos n.ºs 2 e 4 do artigo 103.º-A do CPTA, o legislador terá apenas pretendido agregar num único número todos os requisitos de que dependerá o levantamento do efeito suspensivo; não gerando assim a nova redação qualquer desvio aos requisitos que foram sendo desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base nos n.ºs 2 e 4 da anterior redação do artigo 103.º-A do CPTA e que expusemos *supra*.

Numa nota final quanto a este tema, não podemos deixar de salientar que, com a eliminação da remissão que era feita no n.º 2 do artigo 103.º-A para o n.º 2 do artigo 120.º do CPTA, foi finalmente cortado o cordão umbilical que ligava o contencioso pré-contratual urgente ao processo cautelar. Na nossa opinião, a eliminação ficou a dever-se ao facto de a remissão para aquela disposição aparentar ser redundante, visto que o n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA já exigia que se realizasse o juízo ponderativo entre os interesses afetados. No entanto, esta eliminação pode igualmente ter tido como objetivo afastar de uma vez por todas as dúvidas que se verificavam quanto à possibilidade de, nos termos da parte final do n.º 2 do artigo 120.º do CPTA, se substituir o efeito suspensivo do ato de adjudicação por outras medidas provisórias menos gravosas¹⁴.

4. Adoção de medidas provisórias em ações de impugnação do ato de adjudicação

Antes da revisão operada pela Lei 118/2019, as medidas provisórias, conforme previstas no artigo 103.º-B do CPTA, apenas poderiam ser decretadas no âmbito dos processos de contencioso pré-contratual urgente que não tivessem por objeto a impugnação de atos de adjudicação. Isto é, estas medidas só poderiam ser adotadas nos processos que tivessem por objeto (i) a impugnação das peças do procedimento ou (ii) a impugnação de outros atos administrativos emitidos no âmbito de procedimentos de contratação pública (v.g. decisão de qualificação).

Sucedo que, com a restrição do âmbito de aplicação da suspensão automática do ato de adjudicação, o legislador se viu forçado a estender o regime das medidas provisórias aos processos que tenham por objeto atos de adjudicação e em que não seja aplicável o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA. Neste sentido, dispõe agora o n.º 1 do artigo 103.º-B do CPTA que *“[n]as ações de contencioso pré-contratual em que não se aplique ou tenha sido levantado o efeito suspensivo automático previsto no artigo anterior, o autor pode requerer ao juiz a adoção de medidas provisórias, destinadas a prevenir o risco de, no momento em que a sentença venha a ser proferida, se ter constituído uma situação de facto consumado ou já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário”* (sublinhado nosso).

Em termos esquemáticos, as medidas provisórias podem agora ser decretadas nos processos que tenham por objeto:

- i. A impugnação de atos de adjudicação:
 - a. Aos quais não seja aplicável o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, por terem sido emitidos em procedimentos não sujeitos ao *standstill*;
 - b. Aos quais não seja aplicável o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, por não terem sido impugnados durante o período de *standstill*;
 - c. Aos quais tenha sido aplicada a suspensão automática prevista no n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, mas em que esse efeito suspensivo tenha sido levantado, nos termos dos n.os 2 a 4 do artigo 103.º do CPTA.
- ii. A impugnação das peças do procedimento; e
- iii. A impugnação de outros atos administrativos emitidos no âmbito de procedimentos de contratação pública.

A principal alteração introduzida pela Lei 118/2019 foi, pois, ter estendido o âmbito de aplicação das medidas provisórias aos processos impugnatórios dos atos de adjudicação. Ora, da nossa parte, estas alterações merecem **sete comentários**.

Primeiro, é de louvar que o legislador tenha aproveitado o ensejo para suprir uma lacuna que se verificava nos processos impugnatórios de atos de adjudicação. Isto porque, antes da revisão, quando o efeito suspensivo tivesse sido levantado, não era possível ao autor solicitar a adoção de quaisquer medidas provisórias que permitissem salvaguardar, a título “cautelar”, a sua posição. Com efeito, após levantamento do efeito suspensivo, não era possível requerer medidas provisórias, nos termos do artigo 103.º-B do CPTA, visto que estas apenas se destinavam a processos que não tivessem por objeto a impugnação de atos de adjudicação. Tão-pouco poderia o autor requerer uma providência cautelar, nos termos do artigo 132.º do CPTA, visto que estas providências apenas se destinam aos procedimentos de formação de contratos não abrangidos pelo regime dos artigos 100.º a 103.º-B do CPTA. A nova redação do n.º 1 do artigo 103.º-B do CPTA vem assim colmatar esta falha, permitindo que o autor requeira o decretamento de medidas provisórias na sequência do levantamento do efeito suspensivo.

Segundo, é de lamentar que o legislador não tenha previsto a possibilidade de, a pedido do autor, o tribunal poder decretar medidas provisórias simultaneamente com a decisão de levantamento do efeito suspensivo. Idealmente, o autor deveria poder, em resposta ao pedido de levantamento do efeito suspensivo, requerer, a título subsidiário, a adoção de medidas provisórias – naturalmente menos lesivas do que o efeito suspensivo do ato de adjudicação, como seja a execução apenas parcial do contrato adjudicado, *i.e.* na parte em que a sua execução é urgente ou provoque prejuízos graves para a entidade adjudicante –, que deveriam ser decretadas caso o pedido de levantamento do efeito suspensivo fosse declarado procedente. Em resposta a este pedido subsidiário, a entidade demandada e os contrainteressados emitiriam a sua pronúncia. Finalmente, o Tribunal decidiria *(i)* quanto ao pedido de levantamento do efeito suspensivo e, caso o mesmo fosse declarado procedente, *(ii)* quanto ao pedido de adoção de medidas provisórias.

Sem prejuízo, ao abrigo do regime atualmente em vigor, parece que esta hipótese se encontra vedada. *Em primeiro lugar*, porque, nos termos dos artigos 103.º-A e 103.º-B do CPTA, os pedidos de levantamento do efeito suspensivo e de adoção de medidas provisórias dão origem a dois incidentes distintos, com tramitações distintas. *Em segundo lugar*, porque a tramitação rígida e célere do incidente de levantamento do efeito suspensivo, prevista no n.º 2 do artigo 103.º-A do CPTA, parece impedir que ambos os incidentes sejam cumulados num só ou, pelo menos, tramitados em simultâneo¹⁵. *Em terceiro e último lugar*, porque a tramitação dos incidentes de decretamento de medidas provisórias não se encontra legalmente definida, pelo que o prazo de oposição e as restantes fases do incidente devem ainda ser fixados por despacho do tribunal, nos termos da parte final do n.º 2 do artigo 103.º-B do CPTA. Esta entropia processual parece impedir a tramitação simultânea de ambos os incidentes (*i.e.* fazer sustar a decisão quanto ao levantamento do efeito suspensivo até que fosse integralmente tramitado o incidente de adoção de medidas provisórias), já que, com toda a probabilidade, as respostas da entidade demandada e do contrainteressado ao pedido de adoção de medidas provisórias só seriam submetidas depois de terminado o prazo de 10 dias que o tribunal tem para decidir o incidente de levantamento do efeito suspensivo. Sem prejuízo, não estranharíamos que alguns juízes, ao abrigo dos poderes de gestão processual previstos no n.º 1 do artigo 6.º do Código de Processo Civil, venham permitir que ambos os incidentes sejam tramitados em simultâneo ou em conjunto.

É pois de lamentar que o legislador não tenha tido o cuidado de compatibilizar os dois regimes, o que traria, *por um lado*, ganhos de eficiência processual, evitando assim que, logo após o levan-

tamento do efeito suspensivo, se inicie uma nova discussão processual quanto ao decretamento de medidas provisórias. *Por outro lado*, a compatibilização entre os dois regimes permitiria, sem grandes demoras processuais, salvaguardar a posição do autor que, após levantamento do efeito suspensivo, dificilmente conseguirá ver adotadas medidas provisórias que acautelem a sua posição em tempo útil.

Terceiro, apesar de o legislador ter passado, do ponto de vista “cautelar”, grande parte dos processos impugnatórios do regime de suspensão automática para o regime das medidas provisórias, não foi alterado o requisito de que depende o decretamento das medidas provisórias nesse tipo de processos. Consequentemente, parece verificar-se agora, sem aparente motivo, uma dicotomia acentuada entre os requisitos de que depende o “não” levantamento do efeito suspensivo automático e os requisitos de que depende a adoção de medidas provisórias.

De facto, enquanto o levantamento do efeito suspensivo está dependente da verificação (i) de prejuízos especialmente qualificados por parte da entidade demandada e do contrainteressado (o que, naturalmente, dificulta que o pedido de levantamento seja procedente) e (ii) do juízo de ponderação de interesses, a adoção de medidas provisórias está apenas dependente de um juízo de ponderação de interesses “simplificado”. Em consequência, será muito mais difícil obter a adoção de uma medida provisória do que manter, nos processos sujeitos ao n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, a suspensão automática do ato de adjudicação. Ora, no nosso entender, esta dicotomia não faz qualquer sentido. Sobretudo se se atender a que, por força da remissão do n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA para o n.º 3 do artigo 95.º do CCP, se incluem nos processos impugnatórios a que se aplica o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA procedimentos de formação de contratos com um preço contratual muito inferior aos que ficaram de fora do âmbito de aplicação daquele preceito. Lamentavelmente, não parece que seja possível, por via interpretativa, fazer equiparar os requisitos de que depende a rejeição do levantamento suspensivo aos requisitos de que depende a adoção de medidas provisórias; solução que nos pareceria mais adequada e equilibrada para compor os interesses em diferendo.

Quarto, as alterações levadas a cabo nos artigos 103.º-A e 103.º-B do CPTA transferem, nos processos impugnatórios a que não se aplique o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, para o autor o ónus da prova de demonstrar que os danos provocados pela não adoção da medida provisória são superiores aos que seriam provocados caso a mesma fosse adotada.

Quinto, as alterações efetuadas aos artigos 103.º-A e 103.º-B do CPTA implicam, na prática, que, nos processos impugnatórios a que não se aplique o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, será impossível ao autor impedir que o contrato adjudicado seja celebrado. Com efeito, ainda que estejamos a falar de procedimentos de contratação pública a que não se aplica o *standstill*, existe sempre um hiato temporal entre a notificação da adjudicação e a celebração do contrato (*v.g.* para realizar a habilitação, prestar caução). Ora, será verdadeiramente impossível que nesse hiato tão curto (normalmente entre 5 a 20 dias úteis, dependendo da complexidade do contrato) o autor consiga obter uma medida provisória de suspensão do ato de adjudicação. Significa, pois, que, no máximo, o autor apenas conseguirá obter a suspensão da execução do contrato. Neste sentido, de um ponto de vista processual, não se deve olvidar o autor de, no seu requerimento, solicitar “a suspensão do ato de adjudicação ou a suspensão do contrato, caso o mesmo já tenha sido celebrado”. Se assim não fizer, *i.e.* se só pedir a suspensão do ato de adjudicação, o pedido encontrar-se-á votado,

com uma elevadíssima probabilidade (e salvo benevolência do juiz), ao insucesso por inutilidade superveniente.

Sexto, a circunstância de as medidas provisórias não serem aptas a impedir a celebração do contrato irá também dificultar, por natureza, o decretamento de quaisquer medidas provisórias. É que, caso o contrato já tenha sido celebrado e se encontre em execução, o contrainteressado (i.e. o contraente privado) poderá invocar na sua resposta a verificação de prejuízos pela paralisação da execução do contrato (v.g. custo com a mobilização de meios, contratação de pessoal), que irão pesar na ponderação de interesses a realizar pelo tribunal, nos termos do n.º 3 do artigo 103.º-B do CPTA.

Sétimo e último, considerando o tempo médio que os tribunais demoram a decidir os incidentes de decretamento de medidas provisórias, parece-nos que em contratos de curta duração será impossível obter medidas provisórias em tempo útil, i.e. antes de o contrato se encontrar integralmente executado. Pelo que, com as alterações levadas a cabo pela Lei 118/2019, o legislador parece ter votado ao insucesso qualquer processo que vise a impugnação de atos de adjudicação de contratos de curta duração (apenas se admitindo nesses casos a obtenção de uma indemnização nos termos dos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA). A este propósito, não poderá deixar de se fazer notar que o regime vigente antes da revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, pelo menos permitia acautelar estas situações, já que, então, as providências cautelares, ao abrigo do artigo 128.º do CPTA, permitiam, ainda que com as deficiências conhecidas, suspender automaticamente a execução do ato de adjudicação.

Considerando o exposto, parece-nos que, nos processos impugnatórios a que não se aplique o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, o autor partirá de uma posição de **enorme desvantagem** e só em casos limitados conseguirá obter uma decisão final favorável em tempo útil. Como já escreveu Duarte Rodrigues Silva a este propósito: “[p]erspetiva-se, assim, com esta solução legislativa, uma diminuição drástica dos casos em que o impugnante conseguirá impedir provisoriamente a celebração e a execução do contrato, ou parte dele, relegando-o para a mera fixação de uma indemnização, nos termos do artigo 45.º e 45.º-A do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, pela impossibilidade de obter a satisfação do seu interesse”¹⁶.

5. Apreciação global das alterações

Observadas as alterações introduzidas pela Lei 118/2019, não podemos deixar de entender que a solução encontrada não garante o necessário equilíbrio de todos os interesses em jogo. Com efeito, mesmo que se admitisse a hipótese de limitar o âmbito de aplicação do artigo 103.º-A do CPTA, não poderia o legislador, como fez, ter-se limitado a aplicar o regime das medidas provisórias aos processos que ficaram de fora daquele âmbito de aplicação. É que esse regime não foi pensado ou gizado para os (e não se adequa aos) processos impugnatórios de atos de adjudicação, como bem revelam as diversas fragilidades apontadas *supra*.

Evidência notória, gritante e suficiente dessas fragilidades é que, como se observou, a solução encontrada será inútil para garantir uma tutela provisória da posição dos concorrentes preteridos

no caso dos contratos de curta duração. Concretizando, se um contrato a adjudicar tiver um prazo de execução de 15 dias (*v.g.* como sucede amiúde em contratos de fornecimento), como é que a solução encontrada pelo legislador permitirá a um concorrente preterido impedir que o contrato seja celebrado ou, pior, integralmente executado, antes de existir uma sentença de mérito relativa à impugnação da adjudicação ou, sequer, de serem adotadas quaisquer medidas provisórias? A resposta só pode ser uma: a solução encontrada não permitirá – salvo raríssimas exceções – acautelar essas situações, relegando o direito do autor a uma mera indemnização nos termos dos artigos 45.º a 45.º-A do CPTA. Mas mais ainda, considerando *(i)* as desvantagens a que está sujeito o autor na tentativa de obter medidas provisórias (e que apontámos em 4. *supra*), *(ii)* a circunstância de não se haver consagrado um mecanismo automático de suspensão da execução do ato de adjudicação e *(iii)* a morosidade latente dos tribunais administrativos, parece-nos que, infelizmente, não será apenas em casos como os descritos *supra* (de certo não tão isolados quanto isso) que o autor se verá impossibilitado de obter, em tempo útil, uma decisão de mérito quanto à impugnação intentada.

Neste sentido, parece-nos que o mecanismo tutelar previsto para os processos a que não se aplique o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA deverá ser (urgentemente) revisto, garantindo-se, desta monta, que os concorrentes preteridos tenham direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

Notas

- 1 Pense-se, designadamente, nas situações em que a entidade adjudicante e o adjudicatário se encontram impedidos de celebrar ou executar o contrato, por força da impugnação do ato de adjudicação e, terminando o processo de forma favorável para estes últimos, o adjudicatário se veja na obrigação de não só mobilizar os meios para executar o contrato de forma célere, como ademais ter que absorver as variações de custos que se verificaram desde que apresentou a sua proposta (v.g. inflação, aumento do custo do petróleo, aumento do salário mínimo, aumento de impostos).
 - 2 António Cadilha, “O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação (art. 103.º-A do CPTA): uma transposição equilibrada da Diretiva Recursos”, in CJA, n.º 119, Setembro/Outubro de 2016.
 - 3 Diretiva do Conselho 89/655/CEE, de 21 de dezembro e Diretiva do Conselho 92/13/CEE, de 25 de fevereiro.
 - 4 Nos procedimentos a que se aplicam estas disposições, a entidade adjudicante e o adjudicatário estão impedidos de celebrar ou executar o contrato antes de decorrido um período de 10 dias úteis contados a partir da notificação da adjudicação a todos os concorrentes (período de standstill).
 - 5 António Cadilha, “O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação (art. 103.º-A do CPTA): uma transposição equilibrada da Diretiva Recursos”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 119, Setembro/Outubro de 2016, p. 8.
 - 6 António Cadilha, O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação (art. 103.º-A do CPTA): uma transposição equilibrada da Diretiva Recursos, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 119, ob. cit.
 - 7 A este respeito, refere Mário Aroso de Almeida que esta solução “na prática, implica que passa a ser de dez dias o prazo dentro do qual passa a ser possível proceder-se a uma impugnação com efeito útil dos atos de adjudicação dos contratos do contencioso pré-contratual urgente” (Mário Aroso de Almeida, Principais alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos introduzidas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, in E-pública – Revista Eletrónica de Direito Público, Vol 6., n.º 3, dezembro 2019, p. 21, disponível em: <https://e-publica.pt/volumes/v6n3/pdf/a3n3v6.pdf>).
 - 8 Como bem referia Duarte Silva Rodrigues a este propósito:
“O legislador sabia que qualquer suspensão de efeitos da atuação administrativa é, sempre e em qualquer caso, lesiva do interesse público. Estando a atuação administrativa votada à prossecução de um concreto interesse público que lhe subjaz, a automática suspensão dos efeitos de um ato (ou de um contrato) em virtude da sua impugnação não tem como não prejudicar, em determinada medida, esse interesse. E, não obstante, o legislador terá considerado, na sua ponderação primária, que um tal prejuízo não é mais do que normal e que o risco da sua ocorrência cabe na esfera da entidade adjudicante, que tem de o internalizar. Só assim poderá não ser quando o Tribunal verifique, à luz de factos concretos alegados e demonstrados, que, no caso concreto, a manutenção da paralisação dos efeitos do ato impugnado é gravemente prejudicial para o interesse público concretamente prosseguido. Não bastará, pois, o prejuízo normal resultante da suspensão da adjudicação, sendo necessário que se verifique um dano superior ao que resultará sempre para a entidade adjudicante desse efeito legalmente prescrito da impugnação do ato de adjudicação” (Duarte Silva Rodrigues, O levantamento do efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual, in Cadernos Sêrvulo de Contencioso Administrativo e Arbitragem, 01/2016, p. 11, disponível em: https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/03_CADERNOS/2016/Pub_DRS_Caderno_Servulo_de_Contencioso_Administrativo_e_Arbitragem_NoI.pdf).
- Neste sentido, veja-se também Marco Caldeira, *O «Novo» Contencioso Pré-Contratual (tópicos desenvolvidos para uma intervenção)*, in Contencioso Pré-Contratual, Coleção Formação Continua, CEJ, fevereiro de 2017, p. 35 (Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf) e Mário Aroso de Almeida, *Principais alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos introduzidas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*, ob. cit. p. 23). Do lado da jurisprudência, vejam-se os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul de 24 de novembro de 2016 (processo n.º 13747/16), de 14 de julho de 2016 (processo n.º 13444/16) e de 24 de maio de 2018 (processo n.º 78/17.8BEPDL-A) e a extensa e diversificada jurisprudência e doutrina citada neste último acórdão quanto a este tema.
- 9 Neste sentido, do lado da doutrina, veja-se Marco Caldeira, *O «Novo» Contencioso Pré-Contratual (tópicos desenvolvidos para uma intervenção)*, ob. cit., p. 36 e Duarte Silva Rodrigues, O levantamento do efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual, ob. cit., p. 12. Do lado da jurisprudência, veja-se os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul de 24 de maio de 2018 (processo n.º 78/17.8BEPDL-A), de 14 de julho de 2016 (processo n.º 013444/16), de 24 de novembro de 2016 (processo n.º 013747/16) e de 28 de fevereiro de 2018 (processo n.º 2597/16.4BELSB-A).
 - 10 Rodrigo Esteves de Oliveira, A tutela «cautelar» ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos, Cejur, n.º 115, janeiro/fevereiro de 2016, p. 24 (disponível em https://www.vda.pt/xms/files/v1/Publicacoes/2016/CJA_A_tutela_cautelar_ou_provisoria_associada_a_impugnacao_da_adjudicacao_de_contratos_publicos.pdf). Neste sentido, do lado da jurisprudência, veja-se o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 14 de julho de 2016 (processo n.º 13444/16).
 - 11 Neste sentido, veja-se Mário Aroso de Almeida, Principais alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos introduzidas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, ob. cit., pp. 23 a 25 e Duarte Rodrigues Silva, As alterações ao regime de contencioso pré-contratual do CPTA, 19 de setembro de 2019, disponível em: <https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/As-alteracoes-ao-regime-de-contencioso-pre-contratual-do-CPTA/6710/>).
 - 12 Neste sentido, veja-se Duarte Rodrigues Silva, As alterações ao regime de contencioso pré-contratual do CPTA, ob. cit.
 - 13 DUARTE RODRIGUES SILVA, As alterações ao regime de contencioso pré-contratual do CPTA, ob. cit.
 - 14 Como defendia Rodrigo Esteves de Oliveira no seu artigo “A tutela «cautelar» ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 115, Janeiro/Febrero de 2016, p. 26.
 - 15 O n.º 2 do artigo 103.º-A do CPTA prevê que “[o] autor dispõe de 7 dias para responder [ao pedido de levantamento do efeito suspensivo], seguindo-se, sem mais articulados e no prazo máximo de 10 dias, a decisão do incidente pelo juiz” (sublinhado nosso).
 - 16 Neste sentido, Duarte Rodrigues Silva, As alterações ao regime de contencioso pré-contratual do CPTA, 19 de setembro de 2019, disponível em: <https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/As-alteracoes-ao-regime-de-contencioso-pre-contratual-do-CPTA/6710/>.