

Breve nota de abertura

No presente número e no próximo, a Revista de Contratos Públicos publica os textos correspondentes a algumas das intervenções no I Congresso de Contratos Públicos, organizado pela Almedina e que tive a honra e o gosto de coordenar. Nesta ocasião, quero agradecer de novo a todos os intervenientes, e, em particular, àqueles que já entregaram os textos que agora se publicam. O debate e a reflexão sobre temas da contratação pública assumem uma especial importância na época conturbada que vivemos: à pandemia, que confinou as sociedades e as economias nos anos de 2020 e 2021, seguiu-se o tempo atual, de uma forte instabilidade económica, causada, além do mais, pelo aumento descontrolado dos preços e dos custos associados à execução de contratos públicos e ainda pela escassez de bens. Do mesmo modo que a pandemia, também estes fenómenos conhecem repercussões imediatas na prática da contratação pública e obrigam a mobilizar institutos e figuras jurídicas idealizadas para situações de exceção, como a *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias* ou a *força maior*. Ainda que não tratado *ex professo* nas comunicações, o tema da *contratação pública em tempos conturbados* esteve bem presente no espírito de todos os que participaram no Congresso.

PEDRO COSTA GONÇALVES

llegalidades pré-contratuais e afastamento do efeito anulatório do contrato público

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Sumário: 1. O contrato público como ato jurídico consequente do ato administrativo em que assentou a sua celebração; 2. A tradição de não invalidação dos contratos públicos e sua evolução recente; 3. Os regimes do n.º 2 e do n.º 4 do artigo 283.º do CCP: sua articulação; 4. O regime do artigo 283.º, n.º 4: sua natureza; 5. O regime do artigo 283.º, n.º 4: sua função e conteúdo; 6. Apreciação crítica e perspectivas de aplicação; 7. Epílogo.

Resumo: O propósito deste artigo é o de proceder à análise do regime do artigo 283.º do Código dos Contratos Públicos, na parte em que confere ao juiz administrativo o poder de não anular contratos públicos inválidos com fundamento na ponderação dos interesses públicos e privados em presença.

Palavras-chave: *contratação pública; invalidade dos contratos públicos.*

Abstract: The purpose of this article is to analyse article 283 of the portuguese Code of Public Procurement on which concerns the power it gives to administrative judges not to cancel null and void public contracts on the basis of a reasoned consideration of all concerned public and private interests.

Keywords: *public procurement; null and void public contracts*

1. O contrato público como ato jurídico consequente do ato administrativo em que assentou a sua celebração

1. Como é sabido, a celebração de qualquer contrato público¹ é precedida, nos termos da lei, de um procedimento de formação, constituído

¹ Ao longo da exposição, utilizamos o conceito de *contratos públicos* no sentido mais amplo possível, no pressuposto, que nesta sede não cabe aprofundar, de que, na vigente ordem

por uma sucessão encadeada de atos jurídicos e diligências. No âmbito desse procedimento, são designadamente praticados atos administrativos que concorrem para a determinação dos termos em que o contrato irá ser celebrado.

Nos termos do artigo 283.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), a validade do contrato pode ser comprometida pela invalidade de ato procedimental em que tenha assentado a sua celebração. O caso paradigmático é o do ato de adjudicação, que, determinando com quem vai ser celebrado o contrato e os termos essenciais do seu clausulado, constitui o exemplo por excelência do *ato pressuposto*², em que assenta a celebração do contrato e, portanto, do qual pode resultar a sua invalidade, que, neste tipo de situação, é qualificada como *invalidade consequente*, para significar que se trata de uma invalidade que para o contrato decorre como consequência da invalidade do ato em que assentou a sua celebração³.

Estabelece o n.º 1 do artigo 283.º que o contrato é nulo se a nulidade do ato em que assentou a sua celebração for judicialmente declarada, ou ainda o puder ser. Cumpre, a este propósito, recordar que o artigo 101.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), que estabelece o prazo de um mês para a impugnação dos atos administrativos relativos à formação dos contratos previstos no artigo 100.º do mesmo Código, tem sido interpretado no sentido de também se aplicar às situações de impugnação com fundamento em nulidade⁴. Vigora, pois, neste domínio, um regime de *nulidade atípica*, que em muito se aproxima do regime da anulabilidade.

Compreende-se, por isso, que o n.º 1 do artigo 283.º do CCP coloque a hipótese de a nulidade já não poder ser judicialmente declarada, para o

jurídica portuguesa, é esse o sentido que deve ser atribuído ao conceito: sobre o tema, cfr. Mário Aroso de Almeida, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 9.ª ed., Coimbra, 2022, pp. 529 e segs. e 577-578.

² Sobre o conceito, cfr., por todos, Raquel Carvalho, *As invalidades contratuais nos contratos administrativos de solicitação de bens e serviços*, Coimbra, 2010, pp. 104 e segs.

³ Sobre este ponto, utilizando o conceito de *ato conexo* para designar o ato que enferma de invalidade consequente ou derivada da invalidade de ato anterior, cfr. Mário Aroso de Almeida, *A anulação dos atos administrativos no contexto das relações jurídico-administrativas*, 2.ª ed., Coimbra, 2022, pp. 237 e segs.

⁴ Cfr., por todos, com indicação de referências, Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo*, 6.ª ed., Coimbra, 2022, p. 357.

efeito de estabelecer que, nesse caso, o contrato deixa de ser nulo. E essa circunstância também pode explicar que, a exemplo do que sucede nos casos de anulabilidade, o preceito faça depender a operatividade da nulidade do contrato da declaração judicial de nulidade do ato pré-contratual. Logo neste ponto se vê até que ponto vai a ânsia do legislador português de evitar a invalidação dos contratos públicos.

A nosso ver, porém, nos casos de nulidade, nem sempre existe o ónus de prévia impugnação do ato pré-contratual⁵. É o que resulta do confronto da alínea c) com a alínea d) do n.º 1 do artigo 77.º-A do CPTA. Com efeito, se o interessado participou no procedimento de formação do contrato e considera que o ato pré-contratual em que assenta a sua celebração é nulo, ele tem o ónus de impugnar esse ato para obter a nulidade do contrato: aplica-se o regime da alínea d) do n.º 1 do artigo 77.º-A do CPTA, pelo que tudo se passa como nas situações de anulabilidade, em que, como de seguida se verá, se considera que a invalidade é uma *invalidade suspensa*, que só opera mediante a invalidação do ato pré-contratual.

Mas, a nosso ver, já não é assim se o contrato for celebrado por ajuste direto e, portanto, sem que o interessado tenha participado no seu procedimento de formação. Embora alguma doutrina pareça apostada em demonstrar o contrário, sempre no propósito de salvar os contratos públicos, mesmo na mais grave das situações⁶, continuamos a entender que um contrato

⁵ Recusando, aliás, em termos gerais, que a nulidade do contrato dependa necessariamente da declaração judicial da nulidade do ato pré-contratual, cfr. Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo III, 2.ª ed., Lisboa, 2009, p. 395; Ana Raquel Moniz, “A invalidade do contrato no CCP”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, vol. II, Lisboa, 2021, pp. 628-629.

⁶ Cfr., por todos, o denodado esforço de Marco Caldeira, “Sobre algumas eventuais implicações do novo Código do Procedimento Administrativo em matéria de contratação pública”, in *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Coimbra, 2017, pp. 226 e segs., com amplas referências. Em todo o caso, não se invoque a posição de Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2015, pp. 200-201, que não ia nesse sentido. Nem o argumento de que, quando há preterição do procedimento concursal, o que apenas existe é um *mero erro na escolha do procedimento* (cfr. Vieira de Andrade, Anotação ao artigo 161.º in Fausto de Quadros et alii, *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra, 2022, p. 343). Com efeito, como, em matéria de vinculação, as ilegalidades resultam da relação objetiva de falta de correspondência entre a conduta adotada e o quadro normativo aplicável, sem que haja a considerar o processo psíquico que possa ter determinado o agente

celebrado por ajuste direto, quando a lei exigia que ele fosse precedido de um procedimento concursal, é nulo, por força do disposto na alínea l) do n.º 2 do artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA)⁷. Com efeito, como, nesse caso, não foi adotado nenhum dos tipos de procedimentos que a lei exigia, ainda que em alternativa, mas um tipo de procedimento que a lei não permitia de todo, deve entender-se que foi adotado um tipo de procedimento *legalmente indevido*, com *total preterição* de qualquer um daqueles que a lei instituiu, embora em alternativa, como devidos⁸. Ora, nessa hipótese, o contrato é nulo em consequência da nulidade do ato de adjudicação e a

administrativo na sua atuação (cfr., por todos, Mário Aroso de Almeida, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, p. 633, com indicação de referências), o reconhecimento da ilegalidade não depende de se averiguar se a Administração agiu por erro ou com dolo. Em tal contexto, nada justifica, por conseguinte, que a opção do agente administrativo seja qualificada como um *mero erro*, a não ser o eventual propósito de, através da utilização dessa formulação melíflua, se disfarçar a gravidade da ilegalidade que foi objetivamente cometida, para o efeito de se justificar que ela seja submetida ao mesmo regime de mera anulabilidade que se aplica à preterição de qualquer trâmite procedimental.

⁷ Cumpre recordar que o CPA de 2015 eliminou a previsão da nulidade de atos administrativos por falta de *elementos essenciais* no pressuposto de que, a ser adotado o conceito num sentido estrutural, os “elementos essenciais” do ato não são requisitos de validade do ato, mas da sua existência, como foi assumido no n.º 2 do artigo 155.º (sobre este ponto, cfr. Mário Aroso de Almeida, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, pp. 373 e segs.); e a ser adotado o conceito num sentido funcional, era preferível eliminar a sua previsão em termos genéricos e substituí-la pela previsão adicional, no elenco do n.º 1 do artigo 161.º, de novos tipos de situações, porventura em falta no anterior elenco do artigo 133.º do CPA de 1991, que devessem ser sancionados com a nulidade por corresponderem a vícios de tal modo graves que tornam inaceitável a produção de efeitos jurídicos dos atos que deles enfermem: foi o que, na sequência da discussão que sobre a matéria vinha sendo travada, designadamente entre o Supremo Tribunal Administrativo e o Tribunal de Contas, precisamente no domínio da contratação pública, se entendeu fazer, na alínea l) do n.º 1 do artigo 161.º, no que diz respeito à preterição total do procedimento legalmente exigido, no pressuposto de que não é aceitável que a ordem jurídica reaja da mesma maneira em relação às situações em que apenas esteja em causa a preterição de um ou outro trâmite do procedimento e àquelas em que há preterição total do procedimento legalmente devido, ainda que com observância de um procedimento indevido.

⁸ Também no sentido da nulidade do contrato celebrado por ajuste direto em situações em que a lei exigia a utilização de um procedimento concursal, atendendo à essencialidade do requisito de publicidade que diferencia o procedimento fechado de ajuste direto dos procedimentos abertos de natureza concursal, cfr. Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª ed., Coimbra, 2021, p. 557.

alínea c) do n.º 1 do artigo 77.º-A do CPTA confere legitimidade ao interessado para proceder diretamente à sua impugnação, sem observância do ónus de impugnação do ato pré-contratual previsto na alínea d) do mesmo númeroº.

2. O presente escrito não versa, no entanto, sobre as situações de nulidade, mas de anulabilidade consequente dos contratos públicos. Ora, no que diz respeito à anulabilidade consequente, cumpre começar por recordar que a invalidade que, para um ato jurídico, decorre da anulabilidade do ato em que se fundou a sua emissão é uma *invalidade suspensa*, no sentido de que, sendo originária e, portanto, existindo desde o momento em que o ato é produzido, só opera e, portanto, só pode ser reconhecida desde que opere a invalidade do ato que lhe serviu de pressuposto¹⁰.

Com efeito, como o ato anulável produz efeitos e esses efeitos se podem manter se ele nunca vier a ser anulado, a invalidade do ato que dele é consequente só se efetiva se o ato que lhe serve de pressuposto vier a ser efetivamente anulado. Embora o ato consequente seja anulável desde o início, a sua invalidade só se efetiva, pois, em termos de poder ser reconhecida e sancionada, com a anulação do ato pressuposto¹¹. A partir do momento em que o ato pressuposto seja anulado, e seja, por outro lado, estabelecido que, entre esse ato e aquele que se lhe seguiu, se estabelece uma conexão que determina a invalidade consequente deste último, o ato consequente pode ser, também ele, anulado.

Esta construção aplica-se ao contrato público que enferme de anulabilidade consequente da anulabilidade de ato pré-contratual em que assentou a sua celebração.

No que diz respeito aos atos administrativos consequentes de atos administrativos anteriores, a remoção do ato consequente inscreve-se na execução da anulação do ato que lhe serviu de pressuposto. E, nesse sentido, o n.º 2

⁹ Para mais desenvolvimentos, cfr. Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 258-260.

¹⁰ Cfr. Mário Aroso de Almeida, *A anulação dos atos administrativos no contexto das relações jurídico-administrativas*, 2.ª ed., pp. 256 e segs.

¹¹ É na perspetiva exposta no texto que interpretamos a formulação um tanto ambígua do n.º 2 do artigo 283.º do CCP, ao referir-se alternativamente à condição de o ato pressuposto ter sido anulado ou ser anulável. Cfr., a respeito, Ana Raquel Moniz, “A invalidade do contrato no CCP”, pp. 625-628.

do artigo 173.º do CPTA estabelece que, na sequência da anulação contenciosa de um ato administrativo, devem ser, designadamente, removidos os atos consequentes cuja manutenção seja incompatível com a execução da sentença de anulação — e o mesmo estabelece o n.º 2 do artigo 172.º do CPA, a propósito das consequências da anulação administrativa de atos administrativos¹².

Como o contrato não é, contudo, um ato administrativo, a Administração não pode proceder, ela própria, de modo unilateral, à sua remoção. Por esse motivo, interessa ao impugnante proceder à cumulação, no âmbito da ação de impugnação do ato pré-contratual, do pedido de impugnação do próprio contrato, para que, se anular o ato e verificar a existência de uma conexão juridicamente relevante entre ele e o contrato, o tribunal também possa proceder à anulação deste. O ato consequente pode ser, assim, objeto de impugnação, em cumulação de pedidos, no âmbito da ação de impugnação do ato pré-contratual, para o efeito de ser anulado, na condição de que o ato que lhe deu causa o venha a ser. E por ser essa a via mais funcional e frequente, assumiremos, ao longo da exposição, que é essa a via utilizada.

Sem deixar, no entanto, de notar que, a nosso ver, o interessado não tem obrigação de proceder a uma cumulação de pedidos no âmbito do contencioso pré-contratual: ele pode impugnar apenas o ato pré-contratual, sem cumular na ação um pedido de anulação do contrato¹³. E se, uma vez anulado o ato pré-contratual, não houver entendimento entre ele e as partes no contrato quanto ao destino que a este pode e deve ser dado, ele poderá fazer valer o seu interesse na sua anulação no âmbito de um processo de execução da sentença de anulação (cfr. artigos 176.º e segs. do CPTA). Na verdade, este processo desempenha, precisamente, uma função complementar em relação ao processo de anulação de ato administrativo, destinada a permitir que o ator que obteve a anulação possa valer, só num segundo momento, pretensões que já poderia ter cumulado na ação de impugnação¹⁴. E a tal

¹² Sobre o tema, cfr., por todos, Mário Aroso de Almeida, *A anulação dos atos administrativos no contexto das relações jurídico-administrativas*, 2.ª ed., pp. 453 e segs.

¹³ Na mesma linha, cfr. João Pacheco de Amorim, “A invalidade a e (in)eficácia dos contratos administrativos no Código dos Contratos Públicos”, in Pedro Gonçalves (coord.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra, 2008, p. 647.

¹⁴ Cfr., a respeito, Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo*, p. 528.

não obsta o prazo de seis meses para impugnar o contrato uma vez que a sua invalidade esteve suspensa, como foi dito, até ao momento da invalidação do ato pré-contratual.

Apenas é, a nosso ver, de notar que, nesse caso, o processo de execução da sentença de anulação terá, precisamente por isso, o objeto de uma ação de anulação do contrato, o que implica que nele deverá ser dada aplicação ao disposto no artigo 283.º do CCP, que é a sede na qual, no vigente ordenamento jurídico português, está definido o regime da anulação consequente de contratos públicos. Com efeito, a anulabilidade e a anulação consequente de contratos públicos depende do preenchimento de requisitos, positivos e negativos, que, hoje, se encontram previstos no n.º 2 e no n.º 4 do artigo 283.º do CCP. Esse regime tanto terá de ser, pois, observado nas ações de impugnação de contratos, como no eventual processo de execução da sentença de anulação de um ato pré-contratual.

É sobre o conteúdo desses regimes que se irá centrar a nossa atenção ao longo da exposição subsequente. E como, na prática, as questões tendem a colocar-se a propósito dos contratos administrativos de procura pública, que têm por objeto a solicitação de bens e serviços no mercado, cujo procedimento de formação se rege pela Parte II do CCP, será à impugnação desse tipo de contratos, fundada na impugnação de atos de adjudicação praticados no âmbito desse tipo de procedimentos, que se irá reportar a exposição.

2. A tradição de não invalidação dos contratos públicos e sua evolução recente

3. Pode dizer-se que existe uma tradição de não invalidação dos contratos públicos. E essa tradição não é apenas portuguesa: é uma tradição com expressão generalizada no direito comparado¹⁵.

¹⁵ Cfr. Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, vol. II, 3.ª ed., Londres, 2018, p. 1017. Nas palavras de Roberto Caranta, “Remedies in EU public contract law: the proceduralisation of EU public procurement legislation”, *Review of European Administrative Law*, 2015, n.º 1, p. 83, na prática, a invalidade dos contratos públicos é raramente declarada, e, quando muito, só com efeitos para o futuro.

Cumprido, na verdade, recordar que, na generalidade dos países, os contratos a que nos estamos a referir são contratos de direito privado. Com efeito, poucos são os países que, seguindo o modelo francês, optaram por qualificar os contratos de procura pública como contratos administrativos — e nenhum país levou tão longe como Portugal o modelo de matriz francesa de administrativização desses contratos¹⁶. Tanto na tradição anglo-saxónica, como nas tradições italiana, germânica, escandinava ou dos países do leste europeu, os contratos públicos são, pois, contratos de direito privado, e, nesse contexto, a sua estabilidade, mesmo quando inválidos, é associada ao princípio *pacta sunt servanda*, do *favor negotii* ou da *santidade dos contratos*, tal como ele é entendido no âmbito do Direito privado dos países em causa¹⁷.

Por outro lado, cumpre também notar que foi só em tempos relativamente recentes que, no conjunto do espaço europeu, se passou, por impulso do Direito da União Europeia, a atribuir verdadeira relevância, do ponto de vista de assumir a necessidade de lhes dar efetividade, às regras disciplinadoras dos procedimentos de formação dos contratos públicos, que eram tradicionalmente vistas como regras sobretudo dirigidas a assegurar a regularidade da realização das despesas públicas: basta pensar-se no que, entre nós, era o Direito da contratação pública até aos anos noventa do século passado¹⁸.

E, mesmo no caso do Direito francês, em que desde cedo foi admitida a impugnação contenciosa de atos pré-contratuais e, por outro lado, se procedeu à administrativização de pelo menos uma parte do universo dos contratos públicos, submetendo a sua apreciação aos tribunais administrativos, a verdade é que a importação dos princípios do Direito privado em matéria de contratos, associada ao propósito de evitar que a prossecução

¹⁶ Cfr. Mário Aroso de Almeida, *O problema do contrato administrativo*, Coimbra, 2018, pp. 26-27, e *Teoria Geral do Direito Administrativo*, pp. 515 e segs.

¹⁷ Cfr., a respeito, Roberto Caranta, *op. cit.*, pp. 80, 85 e 98, para quem os problemas que se colocam no plano da nossa análise decorrem fundamentalmente do facto de se estar a lidar com contratos de direito privado que resultam de procedimentos de direito público, o que faz com que os princípios do direito privado coloquem os regimes de direito público em “curto-circuito”.

¹⁸ Cfr., por todos, Martin Burgi, “EU procurement rules — A report about German Remedies System”, in Treumer/Lichère (coords.), *Enforcement of the EU public procurement rules*, Copenhaga, 2011, pp. 109 e segs.

dos fins públicos por eles visados pudesse ser comprometida, conduziu a que, ao longo de todo o século XX, os contratos administrativos não fossem submetidos ao recurso por excesso de poder, que é utilizado para impugnar os atos administrativos ilegais, mas a um processo de plena jurisdição, cujo acesso era apenas reconhecido às partes no contrato¹⁹.

Como é sabido, foi também isso que sucedeu entre nós. E não se pode deixar de notar que também é deste pressuposto que partem as chamadas Diretivas Recursos²⁰, ao assumirem que, para que os lesados pela violação das regras da contratação pública possam beneficiar de uma tutela efetiva, enquanto é tempo e “as infrações ainda se podem corrigir”, essa tutela deve ser-lhes assegurada antes que o contrato seja assinado, para o que sobretudo importa impedir a corrida à sua assinatura²¹.

Com efeito, isso resulta, com meridiana clareza, do disposto no n.º 7 do artigo 2.º das Diretivas, em que é assumida a regra de que cabe ao Direito interno dos Estados membros determinar as consequências que, para os contratos, decorrem das ilegalidades cometidas no plano pré-contratual, e que os Estados membros podem prever que, após a celebração do contrato,

¹⁹ Cfr., a propósito, Michael Steinicke/Peter L. Vesterdorf, *EU Public Procurement Law — Brussels Commentary*, Berlim, 2018, pp. 1385-1386; Emanuela Matei, “The Remedies Directive in public procurement”, in Christopher Bovis (coord.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Cheltenham, pp. 385-386; Laurent Richer/François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 10.^a ed., Paris, 2016, pp. 184-185; Charles-André Dubreuil, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2018, pp. 459-460; Dominique Pouyau, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, 1991, pp. 323, designadamente 326-327, e Marion Ubau-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, 2.^a ed., Paris, 2017, p. 469, ambas com referência à qualificação, pelo comissário do Governo Romieu, das anulações de atos pré-contratuais como “anulações platónicas”.

²⁰ As chamadas Diretivas Recursos são a Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, e a Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, que presentemente vigoram na redação que lhes foi dada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007.

²¹ Cfr., a esse respeito, a exemplar síntese de Sue Arrowsmith, *op. cit.*, pp. 1015-1016. Cfr. também as sínteses de Christopher Bovis, *The law of EU public procurement*, Oxford, 2015, pp. 505-506 e 532-533; Sílvia Diez Sastre, “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, in Fernando López Ramon/Francisco Villar Rojas (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid, 2017, pp. 301-302; e, entre nós, de Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidez dos contratos públicos*, Coimbra, 2013, pp. 47 e segs.

os poderes da instância responsável pela verificação da ilegalidade se limitem à concessão de uma indemnização aos lesados²².

É certo que, como adiante se verá, as Diretivas Recursos instituíram, para certos tipos de situações, um regime inovador, inspirado por um propósito mínimo de efetividade, que se atreve a projetar consequências das ilegalidades pré-contratuais sobre os contratos públicos. Mas esse regime tem um âmbito de aplicação muito restrito: a regra continua a ser a de que os contratos públicos são *vacas sagradas*, sobre as quais as ilegalidades pré-contratuais não têm, em regra, de projetar consequências²³.

4. Em ordem a uma melhor compreensão do regime que o CCP instituiu, entre nós, sobre esta matéria, afigura-se-nos útil começar por dar conta da evolução que lhe deu origem e do curioso paralelismo que é possível identificar entre essa evolução e aquela que se registou no Direito francês.

Com efeito, tal como sucedeu em Portugal até 1 de janeiro de 2004, também na França vigorou até ao século XXI um regime que, permitindo em amplos termos aos interessados a impugnação dos atos pré-contratuais e assumindo o pressuposto de que a anulação de um ato pré-contratual, fosse com que fundamento fosse, implicava a automática invalidade do contrato que era celebrado na sequência dele (entre nós, veja-se o que, nesse sentido, dispunha o artigo 185.º do CPA de 1991)²⁴, lhes vedava, no entanto, a possibilidade de, em caso de anulação desse ato, fazerem valer a invalidade consequente do contrato.

Tal como, entre nós, acabou por suceder, também na França esta solução foi, e desde bastante mais cedo, criticada na doutrina²⁵. Mas, tal como sucedeu no

²² Cfr., a propósito, Sue Arrowsmith, *op. cit.*, pp. 1015 e 1017; Michael Steinicke/Peter L. Vesterdorf, *op. cit.*, p. 1414; Christopher Bovis, *The law of EU public procurement*, p. 521; Laurent Richer/François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, p. 184; Roberto Caranta, *op. cit.*, p. 79; Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, pp. 47-48 e 91.

²³ A expressão “*vacas sagradas*” é utilizada por Steen Treumer, “Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the EC public procurement rules — the end of the status of concluded public contracts as sacred cows”, *Public Procurement Law Review*, 2007, pp. 371 e segs.

²⁴ A propósito do Direito francês, cfr. Dominique Pouyaud, *op. cit.*, p. 323 e nota 4, que associa a esse fator o tradicional receio em permitir-se a impugnação dos contratos públicos por terceiros.

²⁵ Cfr. Charles-André Dubreuil, *Droit des contrats administratifs*, pp. 460 e 480-481.

nosso caso, ela manteve-se inabalável ao longo de todo o século XX, durante o qual vigorou, pois, um regime em que se pode dizer que não custava assumir o pressuposto de que a anulação de um ato pré-contratual, fosse com que fundamento fosse, implicava a automática invalidade do contrato, porque nenhum interessado em obter a anulação deste era admitido a pedi-la²⁶.

Até que, já no século XXI, as coisas, subitamente, mudaram.

No caso francês, a modificação resultou da adoção pelo Conselho de Estado, precipitada pela iminência da revisão de 2007 das Diretivas Recursos, de uma nova *política jurisprudencial* mediante a qual passou a admitir terceiros a questionar a validade dos contratos públicos. Mas, ao contrário do que, ao longo do tempo, a doutrina tinha maioritariamente preconizado²⁷, não o fez através da abertura da possibilidade de os terceiros procederem à impugnação dos contratos no âmbito do recurso de excesso de poder, por meio do qual se procede à impugnação dos atos administrativos ilegais, mas através da abertura aos terceiros do acesso a um processo de plena jurisdição no âmbito do qual a anulação do contrato passou a depender de uma ampla ponderação a efetuar pelo juiz, na qual se misturam critérios que vão da apreciação da relevância dos vícios em que incorreu o ato pré-contratual até à apreciação das consequências que podem decorrer da anulação²⁸.

Por essa via, o Conselho de Estado francês adotou uma solução que, com o argumento de que a anulação consequente do contrato não deve resultar, sem mais, da invalidação do ato pré-contratual²⁹, procura, acima de tudo, evitar que esses contratos sejam efetivamente anulados³⁰.

²⁶ Cfr., a propósito, Marion Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, p. 469.

²⁷ Cfr. Charles-André Dubreuil, *Droit des contrats administratifs*, 480-482.

²⁸ Cfr. Hourson/Yolka, *Droit des contrats administratifs*, 2.^a ed., Paris, 2020, p. 169; Charles-André Dubreuil, *Droit des contrats administratifs*, pp. 482 e segs.

²⁹ Cfr., a propósito, Laurent Richer/François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, pp. 174-175.

³⁰ O ponto foi expressamente assumido no Acórdão *Société Tropic* do Conselho de Estado, de 16 de julho de 2017, que introduziu o regime em referência no texto, em que a anulação do contrato foi referida como *ultima ratio*: cfr. Marion Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, pp. 477-478; Laurent Richer/François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, pp. 189 e segs., *maxime* 196 e 202-203, onde os Autores assinalam esse ponto traçando uma comparação com o regime, de sentido diferente, do artigo 2.^o-D das Diretivas Recursos. Para uma apreciação crítica, cfr. Charles-André Dubreuil, *Droit des contrats administratifs*, pp. 481 e 491-492, que faz notar que a solução assegura a estabilidade das relações contratuais em detrimento dos terceiros e, por consequência, do princípio da legalidade.

A evolução ocorrida em Portugal seguiu exatamente a mesma orientação, mas, no caso português, em dois andamentos.

No primeiro desses andamentos, a reforma do contencioso administrativo, concretizada com a entrada em vigor do CPTA em 2004, pôs termo à inadmissível restrição que impedia a impugnação por terceiros dos contratos públicos, permitindo, designadamente, a quem tenha impugnado um ato administrativo relativo ao procedimento de formação de um contrato público proceder à impugnação desse contrato com fundamento na invalidade consequente que decorra de ilegalidades cometidas no âmbito desse procedimento (artigo 77.º-A, n.º 1, alínea d), do CPTA)³¹.

No segundo dos referidos andamentos, a reforma do Direito dos contratos públicos, concretizada com a entrada em vigor do CCP em 2008, veio, entretanto, consagrar um regime que, tal como na França, veio colocar a possibilidade da obtenção da anulação consequente dos contratos públicos na dependência de uma ponderação, a realizar pelo juiz administrativo, na qual de igual modo se misturavam a apreciação da relevância para o contrato dos vícios em que incorreu o ato pré-contratual com a apreciação das consequências que podiam decorrer da anulação³².

Também neste caso se congeminou, pois, uma solução que, sem deixar de permitir a impugnação dos contratos públicos por terceiros, consagrada no CPTA, procura evitar que esses contratos sejam efetivamente anulados.

3. Os regimes do n.º 2 e do n.º 4 do artigo 283.º do CCP: sua articulação

5. A nosso ver, a revisão de 2017 do CCP introduziu, entretanto, um relevante aperfeiçoamento no regime do artigo 283.º, ao abandonar o pressuposto de que a anulação de um ato pré-contratual, seja com que fundamento for, implica a automática invalidade do contrato.

Com efeito, na sua redação originária, tanto o n.º 1, como o n.º 2, do artigo 283.º consagravam a regra, que já constava do artigo 185.º do CPA de 1991, do paralelismo das formas de invalidade, do qual decorria que a nulidade do ato pré-contratual gerava nulidade do contrato e a anulabilidade do ato

³¹ Cfr., a respeito, Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 255 e segs.

³² Com referência à inspiração francesa do regime entre nós consagrado nesta matéria, cfr. Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, pp. 275-276.

pré-contratual gerava anulabilidade do contrato. Com a revisão de 2017, essa regra foi mantida, no n.º 1, para os casos de nulidade, mas foi abandonada, no n.º 2, para os casos de anulabilidade.

Com efeito, o n.º 2 do artigo 283.º continua a assumir, tal como o n.º 1, que a invalidade consequente do contrato tem de resultar da invalidade de um ato procedimental em que tenha assentado a sua celebração. Mas esse é um critério meramente funcional ou posicional: como foi explicado logo de início, o ato procedimental inválido tem de ser um ato pressuposto do contrato. Como foi dito, é o que, de modo paradigmático, sucede com o ato de adjudicação, na medida em que as eventuais ilegalidades cometidas durante o procedimento se projetam nele e é ele o ato que estabelece com quem vai ser celebrado o contrato e em que termos.

Mas, nos termos do que, hoje, dispõe o n.º 2 do artigo 283.º, não basta a invalidade do ato pressuposto para que haja invalidade consequente do contrato: a anulabilidade daquele ato só se comunica ao contrato quando o vício que determinou a sua invalidade for “causa adequada e suficiente da invalidade do contrato”. A anulabilidade do contrato depende, pois, de um juízo sobre o vício de que enfermou o ato pré-contratual, para o efeito de se avaliar sobre o modo como esse vício se projetou sobre o contrato³³.

E, para tornar mais perceptível o sentido da solução, o preceito procura concretizar, acrescentando, na sua parte final, que ficará demonstrado que o vício poderá ser causa adequada e suficiente da invalidade do contrato “designadamente por implicar uma modificação subjetiva do contrato celebrado ou uma alteração do seu conteúdo essencial”.

Em nossa opinião, o preceito, através desta concretização, acompanhada da palavra “designadamente”, não institui a demonstração da existência de modificação subjetiva do contrato ou de alteração do seu conteúdo essencial como requisito para que a invalidade do ato pré-contratual seja causa adequada e suficiente da invalidade do contrato e, portanto, como pressuposto de que dependa a anulabilidade do contrato³⁴. Esse é o caso mais

³³ Em sentido diferente, no aparente pressuposto de que a exigência de que o ato pré-contratual seja um ato em que tenha “assentado” o contrato já envolvia a exigência de uma relação causal adequada entre a invalidade desse ato e a invalidade do contrato, cfr. Miguel Assis Raimundo, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. II, Lisboa, 2022, pp. 110-112.

³⁴ Revemos, deste modo, após melhor reflexão, posição anteriormente tomada. No sentido do texto, cfr., entretanto, Miguel Assis Raimundo, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. II, pp. 111-112.

evidente, que não suscita qualquer dúvida e que, por isso, o preceito indica como paradigmático. Mas, a nosso ver, nem o preceito exige tanto, nem tanto deve ser exigido para que o contrato seja inválido.

A nosso ver, quando se demonstre que, se não tivesse ocorrido o vício que determinou a invalidade do ato pré-contratual, o contrato não teria sido celebrado com o mesmo cocontratante ou com o mesmo conteúdo essencial, não haverá qualquer dúvida de que o vício foi causada adequada e suficiente da invalidade do contrato e, por conseguinte, que o contrato é anulável por causa dele. Assim como, se, pelo contrário, se demonstrar que, apesar do vício, o contrato sempre teria sido celebrado com o mesmo cocontratante e com o mesmo conteúdo essencial, não haverá qualquer dúvida de que o vício não foi causada adequada e suficiente da invalidade do contrato e, por conseguinte, que o contrato não é anulável por causa dele.

Mas, a nosso ver, basta que se demonstre que o vício que determinou a invalidade do ato pré-contratual se projeta sobre a identidade subjetiva ou objetiva do contrato, para o efeito de dar causa a uma situação de incerteza quanto a saber se o contrato teria sido celebrado com o mesmo cocontratante ou com o mesmo conteúdo essencial, para que, à face do disposto no n.º 2 do artigo 283.º do CCP, se deva entender que o vício é causada adequada e suficiente da invalidade do contrato e, por conseguinte, que o contrato é anulável por causa dele. Pense-se no exemplo do ato de exclusão da proposta de um concorrente: a nosso ver, a anulação desse ato não só determina a invalidade do ato de adjudicação, como também determina a invalidade consequente do contrato³⁵.

Do mesmo passo que revolucionou o regime do n.º 2, a revisão de 2017 do CCP também alterou, entretanto, o n.º 4 do artigo 283.º, dele retirando o segmento final, no qual se admitia que o afastamento do efeito anulatório

³⁵ Em sentido diferente, preconizando a necessidade de que se possa deduzir que, se não fosse a invalidade verificada no ato procedimental, o contrato não teria sido celebrado ou teria sido celebrado com outro contraente privado ou com um objeto ou conteúdo distintos, cfr. Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, pp. 269-271, que, por isso, não dão, a nosso ver, resposta satisfatória ao exemplo da anulação do ato de exclusão de uma proposta de um concorrente. Em todo o caso, é nesse sentido que o n.º 2 do artigo 283.º do CCP tem vindo a ser interpretado por parte significativa da doutrina: cfr. referências em Miguel Assis Raimundo, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 111, e Pedro Fernández Sánchez, *Direito da contratação pública*, vol. II, Lisboa, 2020, pp. 904 e 905.

previsto naquele preceito podia ser determinado pelo facto de o vício do ato pré-contratual não implicar uma modificação subjetiva do contrato celebrado ou uma alteração do seu conteúdo essencial. A alteração está obviamente relacionada com as alterações introduzidas no n.º 2.

Com efeito, era no pressuposto, assumido no n.º 2, de que a anulação do ato pré-contratual, fosse com que fundamento fosse, implicava a automática invalidade do contrato, que o n.º 4 do artigo 283.º, na sua redação originária, colocava a possibilidade da obtenção da anulação do contrato na dependência de uma ponderação na qual misturava a apreciação da questão da relevância que para o contrato decorria dos vícios em que incorreu o ato pré-contratual com a apreciação das consequências que poderiam decorrer da anulação³⁶.

A partir do momento, porém, em que, com a revisão de 2017, o n.º 2 do artigo 283.º passou a fazer depender a anulabilidade consequente dos contratos públicos da demonstração de que o vício do ato pré-contratual é “causa adequada e suficiente da invalidade do contrato, designadamente por implicar uma modificação subjetiva do contrato celebrado ou uma alteração do seu conteúdo essencial”, ele deslocou a apreciação da questão da relevância que para o contrato decorre dos vícios em que incorreu o ato pré-contratual para o plano, a montante, em que o preceito se coloca, da verificação dos pressupostos de que depende a própria anulabilidade do contrato, o que implicou que essa apreciação deixou de fazer parte da ponderação de que depende o afastamento do efeito anulatório que, a jusante, se encontra previsto no n.º 4 do artigo 283.º.

A nosso ver, a revisão de 2017 do CCP procedeu, assim, a uma separação de águas entre as matérias que correspondem ao âmbito de aplicação do n.º 2 e do n.º 4 do artigo 283.º. E, a nosso ver, essa separação de águas foi positiva, pois veio permitir identificar com maior rigor o perfil de cada uma das apreciações que o juiz é chamado a efetuar para o efeito da aplicação de

³⁶ Assinalando que, na sua redação originária, o n.º 4 do artigo 283.º previa situações diferentes entre si, na medida em que as da parte final pressupunham “a desapareção do próprio vício consequente do contrato”, enquanto a da primeira parte apenas acarretava “a descaracterização da invalidade do contrato”, cfr. Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo III, p. 395. Cfr. também Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, p. 258; João Pacheco de Amorim, *op. cit.*, p. 642.

cada um desses preceitos, tornando, desse modo, claro que cada uma delas tem um objeto diferente e deve obedecer a uma abordagem metodológica distinta³⁷.

Com efeito, hoje, é no n.º 2 que o artigo 283.º enfrenta e procura resolver o delicado problema da conexão jurídica que se deve estabelecer entre o ato pré-contratual e o contrato, para que da anulação daquele decorra a anulabilidade deste. E pode dizer-se que a questão passou a ser colocada no plano que lhe deve corresponder, da determinação dos pressupostos de que depende a anulabilidade consequente dos contratos públicos, e a encontrar resposta na sede própria, que, de facto, reside no n.º 2 do artigo 283.º, que versa sobre essa matéria. É, pois, nesse plano que, hoje, cumpre apreciar se os vícios que determinam a invalidade do ato pré-contratual se projetam sobre o contrato em condições de determinar a invalidade consequente deste. Sendo que esse é, na verdade, o problema, o único problema, que especificamente se coloca a propósito da anulabilidade consequente dos contratos públicos³⁸. O n.º 4 do artigo 283.º já se coloca, entretanto, num plano diferente, cuja natureza cumpre, assim, procurar identificar de seguida.

4. O regime do artigo 283.º, n.º 4: sua natureza

6. Tem sido traçado, na doutrina, um paralelo entre o regime do n.º 4 do artigo 283.º do CCP e o regime do n.º 5 do artigo 163.º do CPA³⁹. E, na verdade, ambos os regimes têm um ponto em comum: referem-se a

³⁷ Defendendo, precisamente, a solução, a partir de uma apreciação muito crítica da mistura de critérios a que se procedia na redação originária do n.º 4 do artigo 283.º, cfr. Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, pp. 277-278.

³⁸ Como nota Ana Raquel Moniz, “A invalidade do contrato no CCP”, p. 622, a redação dada em 2017 ao n.º 2 do artigo 283.º do CCP implicou que “a avaliação do impacto do vício invalidante do ato no contrato” passasse a ser assumida (como deve, acrescentaremos nós) como “uma ponderação a realizar quanto à afirmação da própria invalidade contratual”. Como, na verdade, nota a Autora, na p. 663, nota 112, sem o preenchimento dos pressupostos do n.º 2 do artigo 283.º, o contrato não padece de anulabilidade. Cfr. também Pedro Fernández Sánchez, *Direito da contratação pública*, vol. II, pp. 902-903.

³⁹ Cfr. Paulo Otero, *Direito do Procedimento Administrativo*, vol. I, Coimbra, 2016, p. 630; Vieira de Andrade, Anotação ao artigo 163.º in Fausto de Quadros et alii, *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, p. 353.

“efeitos anulatórios”, para o efeito, respetivamente, de permitir, em certas circunstâncias, o afastamento do efeito anulatório de contratos públicos, e determinar que, em certas circunstâncias, não se produz o efeito anulatório de atos administrativos. A nosso ver, nada mais existe, no entanto, em comum entre os dois regimes.

Cumpramos reconhecer que, na redação originária do n.º 4 do artigo 283.º do CCP, podia estabelecer-se um paralelo entre os dois regimes, na parte em que o preceito admitia o afastamento do efeito anulatório do contrato quando se demonstrasse que o vício do ato pré-contratual não implicaria uma modificação subjetiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial. Com efeito, nessa parte, o preceito admitia que o efeito anulatório pudesse ser afastado quando se demonstrasse que, apesar da sua invalidade, o contrato se apresentava em conformidade com o ordenamento jurídico.

Da separação de águas a que, como acabamos de ver, a revisão de 2017 procedeu entre os âmbitos de aplicação do n.º 2 e do n.º 4 do artigo 283.º, resultou, porém, que essa matéria deixou de ser regulada no n.º 4, para passar a ser regulada no n.º 2, que tem por objeto identificar os pressupostos de que depende a anulabilidade consequente dos contratos públicos. Na economia do artigo 283.º, passou, com efeito, a ser para o efeito do disposto no n.º 2 que, designadamente, cumprirá, quando seja caso disso, reconhecer que o contrato sempre teria sido praticado nos mesmos termos, mesmo que a ilegalidade não tivesse sido cometida. Ora, por efeito desta separação de águas, deixou, a nosso ver, de existir qualquer paralelismo entre o regime do n.º 4 do artigo 283.º do CCP e o regime do n.º 5 do artigo 163.º do CPA.

Com efeito, o n.º 5 do artigo 163.º do CPA, no seu conjunto, prevê três tipos de situações em que se entende que os fins visados pelo ordenamento jurídico, ao cominar a sanção da anulação para as ilegalidades cometidas, não foram postos em causa, seja porque o fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida foi alcançado por outra via (artigo 163.º, n.º 5, alínea b)), seja porque a ilegalidade cometida não projetou sobre o conteúdo do ato as consequências que a cominação da invalidade visava evitar, ou porque o ato era de conteúdo vinculado (artigo 163.º, n.º 5, alínea a)), ou porque o motivo viciado não foi determinante para a definição desse conteúdo (artigo 163.º, n.º 5, alínea c)). E é por entender que, por essa razão, a invalidação dos atos praticados nessas circunstâncias ofenderia um princípio de *economia de meios*

que o preceito determina o *aproveitamento* ou *conservação* desses atos, apesar da sua invalidade⁴⁰.

O n.º 5 do artigo 163.º pressupõe, assim, a anulabilidade dos atos que se encontrem colocados nas situações que nele se encontram previstas, por ser essa a consequência que o ordenamento jurídico faz corresponder às ilegalidades em que esse atos incorreram, mas estabelece o afastamento da aplicação da correspondente sanção, que se concretizaria na anulação⁴¹. O afastamento do efeito anulatório assenta, entretanto, num juízo sobre a gravidade que, nas circunstâncias em causa, assumem os vícios de que o ato enferma, à luz dos fins que determinaram o ordenamento jurídico a fazer decorrer desses vícios a consequência da invalidade⁴².

⁴⁰ Referindo-se, a esse respeito, por referência ao artigo 21-*octies* da lei de procedimento administrativo italiana, a uma ilegitimidade *superada*, cfr. Marina D' Orsogna; "L'invalidità del provvedimento amministrativo", in Franco Gaetano Scoca (coord.), *Diritto Amministrativo*, Roma, 2017, p. 331.

⁴¹ No sentido do texto, a propósito do artigo 21-*octies* da lei de procedimento administrativo italiana, de sentido próximo do do n.º 5 do artigo 163.º do nosso CPA, cfr. Ricardo Villata/Margherita Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, 2.ª ed., Turim, 2017, p. 611. Para Marina D' Orsogna; "L'invalidità del provvedimento amministrativo", p. 331, a novidade que, em 2005, resultou da introdução na lei italiana do artigo 21-*octies* não foi a de ter introduzido a previsão de um caso de irregularidade, mas a de ter decretado a dissociação entre ilegitimidade e anulabilidade, configurando uma *fattispecie* preclusiva, que impede de dispor a anulação de atos que são, e continuam a ser, atos ilegítimos. A nosso ver, trata-se, no entanto, de dissociar a invalidade, a anulabilidade, da invalidação, da anulação, que se coloca no plano da aplicação da sanção da invalidade no plano da eficácia do ato. O ato é inválido, só que não é invalidado: é isso que significa afastar o efeito anulatório.

⁴² Cumpre notar que a formulação utilizada no texto afasta-se daquelas que tendem a ser utilizadas na doutrina no propósito de ser mais abrangente, de modo a não cobrir apenas a previsão da alínea b) do n.º 5 do artigo 163.º, que se reporta à hipótese de o fim especificamente visado pela norma legal preterida ter sido atingido (cfr., v.g., Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, 2018, pp. 371-372; Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, 1.ª ed., Lisboa, 1982, p. 386), mas também as previsões das alíneas a) e c), que não pressupõem, claramente, que o fim visado pela norma legal preterida foi atingido (argutamente sobre este ponto, por referência a disposição similar do artigo 21-*octies* da lei de procedimento administrativo italiana, cfr. Francesco Caringella/Mario Pastore, *Manuale di Diritto Amministrativo — L'invalidità del provvedimento*, Roma, 2014, p. 433), mas, ainda assim, não deixam, a nosso ver, de se reportar à concreta violação cometida, para o efeito de fundar o aproveitamento do ato no atingimento do fim visado pelo ordenamento jurídico ao sancionar essa violação com a invalidade: com efeito, o fim (instrumental) visado era a correção material do ato e a invalidade era determinada no pressuposto de que uma

Ora, não é isso que está em causa no regime de afastamento do efeito anulatório consagrado no n.º 4 do artigo 283.º do CCP, que, a nosso ver, não configura, por isso, uma situação de *aproveitamento* ou *conservação* de contratos, fundada na aplicação de um princípio de economia⁴³.

Com efeito, o preceito não incumbe o juiz de formular um juízo a respeito do vício que determinou a invalidade do contrato, para o efeito de, em função disso, avaliar se o contrato, apesar da sua invalidade, se encontra em conformidade com o ordenamento jurídico, pelo que não deve ser sancionado com a anulação. Esse juízo só se poderia fundar no reconhecimento de que o contrato sempre teria sido praticado nos mesmos termos, mesmo que a ilegalidade não tivesse sido cometida. Ora, vimos que a sede própria para se fazer essa avaliação reside no n.º 2 do artigo 283.º, para o efeito de se apurar se o contrato é ou não anulável. E se, nesse plano, de aplicação do n.º 2 do artigo 283.º, se concluir que o contrato sempre teria sido praticado nos mesmos termos, reconhece-se, desde logo, que o contrato nem sequer é anulável, pelo que nem chega a colocar-se a hipótese do afastamento do efeito anulatório previsto no n.º 4 do mesmo artigo.

7. Pelas razões expostas, não se pode subscrever o entendimento de que tanto o n.º 5 do artigo 163.º do CPA, como o n.º 4 do artigo 283.º do CCP, “afastando o efeito anulatório, funcionam como cláusulas gerais transformadoras da invalidade em irregularidade”⁴⁴.

Desde logo, porque não se reveste, em nosso entender, de utilidade adotar um conceito de tal modo amplo de irregularidade que vá ao ponto de compreender, por indução, todas as situações em que a lei permita, seja por que motivo for, o afastamento do sancionamento de atos inválidos. E, por isso, não se devem, a nosso ver, confundir, desde logo, as situações de

ilegalidade da natureza daquela que foi cometida era, em abstrato, passível de comprometer essa correção material.

⁴³ Nesse sentido, no entanto, e já após a revisão de 2017 do CCP, cfr. Ana Raquel Moniz, “A invalidade do contrato no CCP”, pp. 629 e 662, com referência a princípios de economia e aproveitamento dos atos jurídico-públicos; e, antes da revisão de 2017, Paulo Otero, *Direito do Procedimento Administrativo*, p. 618, com referência a princípios de proibição do excesso de formalismo e de aproveitamento das condutas jurídicas.

⁴⁴ Cfr. Paulo Otero, *Direito do Procedimento Administrativo*, pp. 630 e 623-624. Na mesma linha, cfr. Ana Raquel Moniz, “A invalidade do contrato no CCP”, pp. 614-615.

*irregularidade em sentido próprio*⁴⁵ com as situações previstas no n.º 5 do artigo 163.º do CPA, em que, como atrás foi dito, existe invalidade, porque essa é a consequência que o ordenamento jurídico faz corresponder às ilegalidades cometidas, mas a invalidade não é sancionada com a anulação que, à partida, lhe corresponderia, por se reconhecer que, nas circunstâncias que no preceito estão previstas, não são postos em causa os fins visados pelo ordenamento jurídico ao cominar a consequência da invalidade para as ilegalidades em causa⁴⁶.

Mas ainda que, a propósito deste último tipo de situação, se entenda falar, em homenagem à jurisprudência clássica, num fenómeno de degradação de invalidades em irregularidades, o que nos parece seguro é que a situação visada pelo n.º 4 do artigo 283.º do CCP não configura um fenómeno de degradação de invalidades em irregularidades.

Com efeito, o n.º 4 do artigo 283.º confere ao juiz administrativo a possibilidade de proceder a uma ponderação fundada num *juízo eminentemente*

⁴⁵ Sobre a figura, na doutrina portuguesa, cfr., por todos, Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo III, pp. 55-56; Mário Esteves de Oliveira et alii, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, 1996, pp. 657-658; Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, 1.ª ed., p. 386. O tema das irregularidades é, no entanto, objeto tradicional de atenção na doutrina italiana: para uma síntese, cfr., por todos, Piera Maria Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Roma, 2017, pp. 214 e segs.

⁴⁶ Já no sentido da distinção, cfr. Marie-José Guédon, “Régularité interne et pouvoir de substitution du juge”, in *L'Actualité Juridique – Droit Administratif* 1981, n.º 10, pp. 443-444 e 451. O tema tem sido, entretanto, intensamente debatido na doutrina italiana, precisamente na perspectiva colocada no texto, desde que, em 2005, se procedeu, naquele país, à introdução na lei de procedimento administrativo, por influência alemã, do artigo 21-*octies*, cujo conteúdo se aproxima do do n.º 5 do artigo 163.º do nosso CPA. Ora, parece ser entendimento pacífico, no âmbito dessa discussão, que o regime do artigo 21-*octies* não consagra um regime de irregularidade porque, nos casos de irregularidade, assume-se que a própria norma violada não é requisito de validade do ato porque da interpretação da sua *ratio*, *ex ante* e, portanto, em abstrato, desde logo resulta a incapacidade da sua violação se projetar sobre o conteúdo do ato. Pelo contrário, a sanção da invalidade resulta de uma verificação a efetuar *in concreto* e *ex post* sobre a inexistência de influência do vício sobre o conteúdo do ato: em abstrato e *ex ante*, a violação da norma é causa de invalidade, porque contém determinações cuja violação é, em abstrato, passível de se projetar de modo invalidante no conteúdo do ato, mas, no caso específico do ato em causa e/ou das circunstâncias em que ele foi praticado, considera-se que essa projecção invalidante não se justifica, pelo que: para uma eficaz síntese, cfr., por todos, Francesco Caringella/Mario Pastore, *op. cit.*, pp. 432 e 435-436.

consequencialista, para o efeito de decidir se o contrato deve ser mantido apesar da sua invalidade. É verdade que o preceito admite que, nesse contexto, se atenda designadamente à “gravidade da ofensa geradora do vício do ato procedimental”. A verdade, porém, é que, na economia do preceito, esse fator não figura como objeto de um juízo autónomo, mas apenas como um dos fatores a considerar no quadro da referida ponderação consequencialista, no aparente pressuposto de que, no cotejo, segundo um critério de proporcionalidade, do interesse na anulação com os interesses constituídos ao abrigo do contrato que se lhe contrapõem, o peso a atribuir ao primeiro destes interesses possa variar em função da gravidade que se impute à ilegalidade em que o ato pré-contratual incorreu⁴⁷.

Em nossa opinião, pode, por isso, dizer-se que o afastamento do efeito anulatório previsto no n.º 4 do artigo 283.º do CCP *não assenta, na realidade, num juízo sobre a validade do contrato*. Do ponto de vista da sua validade, é indiscutível que o contrato é inválido e que, para se colocar a situação em conformidade com o ordenamento jurídico, ele deveria ser anulado. O afastamento da anulação depende, pois, de razões que nada têm que ver com a desconformidade do contrato com o ordenamento jurídico, que se mantém e que o afastamento da anulação não só pressupõe, como não apaga⁴⁸.

⁴⁷ Não podemos deixar, em todo o caso, de notar que nos suscita reservas a referência que, no n.º 4 do artigo 283.º, foi mantida à “gravidade da ofensa geradora do vício do ato procedimental em causa”. Com efeito, se essa referência se podia justificar na redação originária do preceito, no propósito de limitar o alcance da previsão do n.º 2, que estabelecia, como vimos, que qualquer causa de invalidade do ato pré-contratual determinava a invalidade consequente do contrato, ela deixou, a nosso ver, de se justificar desde que, com a revisão de 2017, esse preceito passou a estabelecer que o contrato só enferma de anulabilidade consequente desde que se demonstre que o vício do ato pré-contratual é “causa adequada e suficiente da invalidade do contrato”. Com efeito, se isso é, hoje, necessário para que o contrato seja anulável, não se vê que sentido tenha admitir-se que, uma vez preenchido esse pressuposto, ainda se possa entender que o vício do ato pré-contratual não assume gravidade, para o efeito de se afastar a anulação do contrato ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 283.º.

⁴⁸ E é, aliás, por isso que, ao contrário do que faz o legislador nacional, no artigo 283.º do CCP, as Diretivas Recursos estabelecem que quando, em circunstâncias comparáveis, a anulação de um contrato inválido seja afastada, essa sanção deve ser substituída por sanções alternativas, dirigidas a assegurar que a desconformidade ao ordenamento jurídico não deixa, apesar de tudo, de ser sancionada.

A não anulação é a *técnica* que, numa perspectiva utilitarista⁴⁹, o n.º 4 do artigo 283.º do CCP entendeu utilizar para permitir dar cobertura, quando tal se mostre necessário, às situações constituídas ao abrigo do contrato, que, de outro modo, seriam postas em causa com a sua anulação. Como outra técnica poderia ter sido a de se deixar que o contrato fosse anulado, como tradicionalmente sucedia no contencioso de anulação de atos administrativos, e remeter-se a resposta para as dificuldades que daí pudessem decorrer para um regime de causas legítimas de inexecução da anulação, destinado a afastar, no todo ou em parte, as consequências que dela decorressem. Ou a de se permitir, pura e simplesmente, a intervenção, também neste domínio, do regime do artigo 45.º do CPTA, que permitiria obter — embora em função de pressupostos bem mais restritivos... — o afastamento da anulação quando, na pendência da ação, se verificasse a existência de fundamentos impeditivos de que se extraíssem as devidas consequências da anulação.

Um reputado Autor francês tem defendido que a invalidade dos contratos públicos não deve ser um *estado*, uma maneira de ser do contrato, a declarar pelo juiz em função da verificação da existência de determinados vícios, mas um *resultado*, uma sanção que o juiz deve determinar em função de uma ponderação em que o contrato não é considerado em si mesmo, mas nas suas consequências, porque são essas consequências que são afetadas pela anulação⁵⁰. A nosso ver, é essa ideia que está subjacente ao regime do n.º 4 do artigo 283.º que, por isso, remete o juiz para uma ponderação de valores que nada têm que ver com os vícios de que o contrato enferma e que determinam a sua invalidade, mas com as consequências que podem decorrer

⁴⁹ Referindo-se, a propósito do preceito aqui em análise e da jurisprudência francesa que o inspira, a uma “conceção utilitarista” do contencioso administrativo, cfr. Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, p. 275.

⁵⁰ Cfr. Laurent Richer/François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, p. 192. Já nesse sentido, cfr., entretanto, Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 5.ª ed., Paris, 2006, p. 191. Na mesma linha, entre nós, defendendo que a invalidade dos contratos públicos “não é uma realidade estática, uma forma de improdutividade jurídica *ab initio* e *ipso jure*, um estado que preexista à intervenção judicial”, mas, “ao invés, um conceito de feição dinâmica”, que pressupõe uma apreciação valorativa a cargo do juiz, cfr. Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, p. 258.

da concretização dessa invalidade no plano da eficácia do contrato, se ele for sancionado com a anulação, que lhe destruirá os efeitos⁵¹.

5. O regime do artigo 283.º, n.º 4: sua função e conteúdo

7. A exposição precedente permitiu verificar que o que está em causa, no âmbito da aplicação do n.º 4 do artigo 283.º do CCP, é avaliar se, quando um contrato seja anulável, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, ainda assim se justifica afastar a sua anulação, atendendo às consequências que dela poderão resultar.

Como facilmente se compreende, esta é uma questão que não se coloca de modo específico nas situações de anulabilidade consequente, mas que, pelo contrário, se pode colocar a respeito de qualquer situação de invalidade de um contrato público. E isso pode explicar que, na reforma de 2017 do CCP, se tenha optado por consagrar um regime de conteúdo semelhante ao do n.º 4 do artigo 283.º no n.º 4 do artigo 285.º — preceito que, por se referir, em termos gerais, ao regime de invalidade dos contratos públicos, tem um

⁵¹ Para a defesa, na linha enunciada no texto, da necessidade de se separarem, no âmbito da nossa análise, os planos da validade e da eficácia, cfr. Sílvia Diez Sastre, *op. cit.*, p. 281, que escreve: “Um ato é inválido ou não o é. Dito de outro modo, ou é conforme com a norma do juízo de validade ou não o é. Não cabe uma terceira possibilidade [...] No caso da eficácia, no entanto, cabe uma aplicação matizada conforme as circunstâncias e os interesses em jogo. Dos efeitos externos produzidos pelo ato podem subsistir uns e não outros [...] Ao analisar os efeitos derivados da invalidade, realiza-se uma ponderação de todos os interesses em jogo com base em determinadas técnicas jurídicas como a da proteção da confiança jurídica. Não há uma aplicação subsuntiva da norma, mas uma ponderação. Por essa razão, a conexão entre invalidade e ineficácia apoia-se, em minha opinião, numa premissa metodológica defeituosa. De um conceito dogmático, estático, pretendem inferir-se consequências dinâmicas, ligadas aos efeitos do ato. A dedução dos efeitos de um ato inválido não pode extrair-se da teoria da invalidade ou das nulidades. Esse fundamento mostrou-se insuficiente, porque a teoria da invalidade está orientada a um juízo de ajuste ao direito que nem sempre tem muito que ver com o juízo de ponderação dos efeitos de um ato na realidade, Devem procurar-se outros apoios teóricos que permitam explicar e controlar a imputação de efeitos aos atos inválidos”. É, a nosso ver, nesta linha que o n.º 4 do artigo 283.º separa a invalidade do contrato da consequência que ela projeta no plano da sua eficácia, para o efeito de admitir, neste último plano, o afastamento da produção do efeito anulatório, que se consubstanciaria na destruição dos efeitos por ele produzidos.

âmbito de aplicação que, em parte, se lhe sobrepõe, mas que não tem apenas em vista as situações de invalidade consequente, mas também as situações de invalidade própria desses contratos.

Como evidencia a introdução, em 2017, do regime paralelo do n.º 4 do artigo 285.º, o que, no n.º 4 do artigo 283.º do CCP se pretende, não é, pois, dar resposta a questões específicas que se colocam nas situações de anulabilidade consequente de contratos públicos: essas questões são, como vimos, objeto do n.º 2 do artigo 283.º. Do que, tanto no n.º 4 do artigo 283.º, como no n.º 4 do artigo 285.º, se trata é de consagrar regimes dirigidos a evitar que os contratos públicos sejam anulados: e, como se vê, não apenas em situações de invalidade consequente, mas também em situações de invalidade própria, que, nos termos do CPTA, também podem constituir, aliás, fundamento de impugnação por terceiros (cfr. artigo 77.º-A, n.º 1, alíneas b), g) e h)).

Em nossa opinião, estes regimes desempenham, assim, no âmbito das ações de anulação de contratos públicos, a função que, para a generalidade das ações, cabe ao regime do artigo 45.º do CPTA. Diferencia-os, entretanto, o conteúdo da apreciação que incumbem o juiz de proceder.

Como é sabido, o artigo 45.º do CPTA prevê um incidente, de ocorrência eventual, que, quando ocorra, corresponde a uma vicissitude da instância. Coloca-se, entretanto, a questão de saber se o sentido dos regimes do n.º 4 do artigo 283.º e do n.º 4 do artigo 285.º do CCP é o de fazerem depender a anulação de contratos públicos de um momento necessário de ponderação de interesses, no pressuposto de que se trata de uma questão que, por definição, coloca dificuldades de compatibilização de interesses que não podem deixar de ser objeto da ponderação do juiz, ou, pelo contrário, é apenas o de instituírem, também eles, um momento eventual de ponderação, que apenas pode surgir quando for suscitada a questão da existência de fundamentos passíveis de justificar o afastamento do decretamento da anulação.

Na primeira hipótese, o juiz, nas ações de anulação consequente de contratos públicos, seria necessariamente chamado a verificar, num primeiro momento, se o contrato enferma de invalidade consequente, nos termos do n.º 2 do artigo 283.º, e quando comprovasse a existência dessa invalidade, a proceder, num segundo momento, à ponderação de interesses de que, nessa perspetiva, o n.º 4 do artigo 283.º faria depender a invalidação do contrato. E o mesmo valeria para as invalidades próprias, em que à verificação da invalidade do contrato, nos termos do artigo 284.º, também se seguiria a ponderação de interesses prevista no n.º 4 do artigo 285.º.

A nosso ver, não é, porém, esse o sentido do disposto no n.º 4 do artigo 283.º e no n.º 4 do artigo 285.º do CCP. Com efeito, estes preceitos não estabelecem que a anulação só será pronunciada uma vez realizada a ponderação para a qual remetem, mas, pelo contrário, que *o efeito anulatório poderá ser afastado* em resultado dessa ponderação. Não cabe, pois, ao juiz procurar, numa ação de anulação, fundamentos para não anular. Esses fundamentos têm de ser alegados, tal como sucede no âmbito da aplicação do regime do artigo 45.º do CPTA, através da invocação da existência de circunstâncias passíveis de serem ponderadas para o efeito de se avaliar se são de molde a determinar o afastamento do efeito anulatório. Neste ponto, os regimes do n.º 4 do artigo 283.º e do n.º 4 do artigo 285.º do CCP não se diferenciam, pois, do regime do artigo 45.º do CPTA.

9. É do ponto de vista do seu conteúdo que os regimes do n.º 4 do artigo 283.º e do n.º 4 do artigo 285.º do CCP se diferenciam, em dois aspetos significativos, do regime do artigo 45.º do CPTA.

O primeiro, de menor relevo, reside no facto de eles não se preocuparem minimamente, de modo, a nosso ver, muito significativo, com a posição do interessado na anulação do contrato.

É certo que eles não deixam o interessado desprotegido, porque a alínea b) do n.º 1 do artigo 45.º-A do CPTA reconhece ao interessado o direito a ser indemnizado, nos termos do artigo 45.º do mesmo Código, quando o tribunal proceda ao afastamento da anulação do contrato, em resultado da ponderação dos interesses públicos e privados em presença⁵². Mas a verdade é que, ao contrário do que sucede com o artigo 45.º do CPTA, assim como, desde sempre, sucedeu com o regime das causas legítimas de inexecução de sentenças dos tribunais administrativos, o artigo 283.º, em 2008, não deu qualquer atenção à questão, e foi necessário que, na reforma de 2015 do CPTA — que, desde 2004, foi a única reforma legislativa que, no domínio da tutela dos cidadãos no âmbito da contratação pública, se preocupou em proteger os interesses dos impugnantes, e não em restringir a sua tutela —, uma alma caridosa se lembrasse de preencher a lacuna, aproveitando para o efeito uma lei processual, à qual, à partida, não caberia regular a matéria.

⁵² Sobre o regime do artigo 45.º-A do CPTA, cfr., por todos, Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 399 e segs.

O aspeto em que, naturalmente, o regime do n.º 4 do artigo 283.º do CCP sobretudo se diferencia do regime do artigo 45.º do CPTA, e, na verdade, explica a sua utilidade e, portanto, a sua razão de ser, prende-se, no entanto, com a definição dos pressupostos de que depende o levantamento do efeito anulatório.

Com efeito, o artigo 45.º do CPTA só admite que a satisfação da pretensão do interessado seja afastada em situações bem caracterizadas, identificadas de modo claramente restritivo: situações de impossibilidade absoluta ou de excecional prejuízo para o interesse público. Pelo contrário, o n.º 4 do artigo 283.º e o n.º 4 do artigo 285.º do CCP admitem genericamente que a anulação do contrato possa ser afastada quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença, a anulação do contrato se revele desproporcionada ou contrária à boa fé.

Como é sabido, o regime do artigo 45.º do CPTA foi moldado sobre o regime das *causas legítimas de inexecução de sentenças dos tribunais administrativos* (cfr. artigo 163.º do CPTA), que o CPTA institui como *válvulas de escape* ou *cláusulas de salvaguarda*, destinadas a intervir apenas quando circunstâncias *excepcionais* determinem ou justifiquem o afastamento das soluções de normalidade, em que a prioridade pertence à reintegração da legalidade a que as ações propostas nos tribunais administrativos se dirigem⁵³.

Pelo contrário, o n.º 4 do artigo 283.º e o n.º 4 do artigo 285.º do CCP constituem o juiz administrativo no poder de proceder à ponderação, num mesmo plano, do interesse da anulação do contrato com os interesses que se lhe contrapõem, num contexto em que aquele interesse deve ser, assim, considerado como um de entre os vários interesses a equacionar no contexto da ponderação a realizar. Com o que, no momento da decisão a tomar pelo juiz, de algum modo se transfiguram os processos de anulação de contratos públicos em *processos de composição de interesses*, no âmbito dos quais se confia ao juiz a incumbência de encontrar a forma supostamente justa de proceder a essa composição, assumindo, nesse contexto, a anulação do contrato como *ultima ratio*, a aplicar apenas em situações em que ela não possa ser evitada em razão de qualquer inconveniente que possa causar. E, na verdade, a prática jurisprudencial tem evidenciado que o regime do n.º 4 do artigo 283.º do

⁵³ Cfr., por todos, Mário Aroso de Almeida, *A anulação dos atos administrativos no contexto das relações jurídico-administrativas*, pp. 711 e segs.

CCP tem tornado praticamente impossível a ocorrência efetiva da anulação consequente de contratos⁵⁴.

6. Apreciação crítica e perspectivas de aplicação

10. Pela nossa parte, não concordamos com os pressupostos em que assentam os regimes do n.º 4 do artigo 283.º e do n.º 4 do artigo 285.º do CCP, nem com os propósitos que os determinam.

No Direito francês, o entendimento de que a anulação de um ato pré-contratual, fosse com que fundamento fosse, implicaria a automática invalidade do contrato parece ter explicado, como já foi referido, o tradicional receio de se permitir a impugnação de contratos públicos por terceiros⁵⁵. Entre nós, o n.º 2 do artigo 283.º do CCP afasta, contudo, a nosso ver, esse fantasma, impedindo, como vimos, que a anulação consequente do contrato resulte, sem mais, da invalidação do ato pré-contratual.

Ora, uma vez resolvida essa questão, nada, à partida, justifica, a nosso ver, que um contrato que, nos termos do n.º 2 do artigo 283.º, enferme de anulabilidade consequente, não seja objeto de anulação — tal como, aliás, também nada, à partida, justifica que um contrato que, nos termos do artigo 284.º, enferme de uma invalidade própria, não seja objeto de anulação.

O n.º 1 do artigo 45.º do CPTA estabelece que, quando verifique que a pretensão do autor é fundada, mas que à satisfação dos seus interesses obsta, no todo ou em parte, a existência de uma situação de impossibilidade absoluta, ou a entidade demandada demonstre que ela originaria um excepcional prejuízo para o interesse público, o juiz administrativo deve reconhecer o bem fundado da pretensão do autor, reconhecer a existência da circunstância que obsta, no todo ou em parte, à emissão da pronúncia solicitada, reconhecer o direito do autor a ser indemnizado por esse facto e convidar as partes a acordarem na indemnização devida⁵⁶.

Ora, a nosso ver, este regime permite dar resposta, de modo adequado, às eventuais situações em que, no âmbito de processos administrativos, se

⁵⁴ A título ilustrativo, veja-se o exemplo do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de junho de 2017, Proc. n.º 267/17.

⁵⁵ Cfr. Dominique Pouyaud, *op. cit.*, p. 232 e nota 4.

⁵⁶ Cfr., por todos, Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 395 e segs.

identifique a existência de um caso de impossibilidade superveniente de dar satisfação à pretensão do autor ou de necessidade de sacrificar essa pretensão por razões de interesse público. E, em nossa opinião, esse regime seria também adequado a dar resposta às eventuais dificuldades que se colocassem a propósito da anulação de contratos públicos, no âmbito de ações propostas com esse objeto.

Cumpre, aliás, notar que é sensivelmente nesses termos que as Diretivas Recursos colocam e resolvem a questão, nos tipos de situações de âmbito circunscrito, considerados mais graves, em que, no artigo 2.º-D, elas preveem a anulação de contratos públicos⁵⁷ e em que só admitem, precisamente, que a anulação possa ser totalmente afastada em condições de clara *excepcionalidade*, em que, depois de analisados todos os aspetos relevantes, se verifique a existência de *razões imperiosas de interesse geral* que exijam a manutenção dos efeitos do contrato (artigo 2.º-D, n.º 3)⁵⁸. Sendo, a esse propósito, de notar que, em nossa opinião, o artigo 283.º-A do CCP, que procedeu, nesta parte, à transposição das Diretivas, ao limitar-se, quanto a este ponto, a remeter, no n.º 3, para o n.º 4 do artigo 283.º, não procede a uma transposição correta das Diretivas⁵⁹, na medida em que os critérios em que este último preceito permite o afastamento da anulação dos contratos são incomparavelmente mais permissivos do que os termos estritos em que, como se vê, esse

⁵⁷ Como é sabido, as Diretivas não utilizam, nesse contexto, o conceito de *anulação*, no aparente propósito de utilizar uma formulação neutra, “*privação de efeitos*”, que, na transposição, possa ser adaptada à cultura jurídica de cada Estado membro: sobre o ponto, cfr. Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, pp. 101 e segs. A nosso ver, da conjugação dos vários elementos constantes, tanto do articulado da Diretiva 2007/66/CE, como dos seus considerandos 13, 21 e 22 (designadamente a circunstância de a “*privação de efeitos*” do contrato ter de ser declarada por tribunal e ser requerida no prazo máximo de seis meses, contado desde a data da sua celebração, e de não ter de valer *ab initio*, mas poder operar a partir da declaração, e tanto com efeitos *ex tunc*, como *ex nunc*), resulta, no entanto, que o modo mais adequado de transposição do conceito para a nossa ordem jurídica é aquele que foi adotado pelo artigo 283.º-A do CCP, que o faz corresponder ao de anulabilidade e anulação (a respeito, cfr. a síntese de João Pacheco de Amorim, *op. cit.*, pp. 639-641).

⁵⁸ Cfr., a propósito, Michael Steinicke/Peter L. Vesterdorf, *op. cit.*, pp. 1426-147; Sue Arrowsmith, *op. cit.*, p. 1023-1025; e, entre nós, Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, p. 109.

⁵⁹ No mesmo sentido, cfr. Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, pp. 347-348 e 386-387.

afastamento é consentido pelo n.º 3 do artigo 2.º-D das Diretivas⁶⁰, que deve ser, por isso, objeto, neste domínio, de aplicação direta.

Mas também no Direito espanhol, a lei dos contratos do sector público só admite a manutenção dos efeitos de contratos inválidos quando a anulação possa causar um grave transtorno ao serviço público ou quando existam razões imperiosas de interesse geral que o aconselhem⁶¹.

Ora, é, para nós, difícil de compreender a racionalidade de um sistema em que tão grande preocupação na imposição de regras de formação dos contratos públicos, como é aquela que, de harmonia com as Diretivas europeias, é evidenciada na Parte II do CCP, que as transpõe, é acompanhada de tão grande preocupação em evitar que a violação dessas regras tenha consequências práticas, no plano da anulação efetiva dos contratos que são celebrados, de modo inválido, em violação dessas regras. E em que, por outro lado, se admite, com tamanha facilidade, a irrelevância das ilegalidades que determinam a anulabilidade própria dos contratos públicos.

11. A nosso ver, os regimes do n.º 4 do artigo 283.º e do n.º 4 do artigo 285.º do CCP têm o grave inconveniente de se manterem presos a atavismos que consideram que, a partir do momento em que um contrato público é assinado, ele é sagrado e só em último caso pode ser invalidado, designadamente por iniciativa de terceiro. É por isso que, em contraste, como vimos, com o artigo 2.º-D das Diretivas Recursos, para os casos que nesse artigo são previstos, neles se recorre a formulação tão genérica para identificar os fundamentos que podem determinar o afastamento do efeito anulatório⁶².

⁶⁰ Assinalando, na comparação entre o regime legal que, no Direito francês, procedeu à transposição do artigo 2.º-D das Diretivas Recursos e o regime, semelhante ao do n.º 4 do artigo 283.º do nosso CCP, que foi construído pelo Conselho de Estado para as situações não abrangidas pela previsão do referido artigo 2.º-D, que enquanto nas Diretivas a anulação é assumida como solução de princípio, no regime do Conselho de Estado ela não passa de uma “solução última”, cfr. Laurent Richer/François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, pp. 202-203.

⁶¹ Cfr. Sílvia Diez Sastre, *op. cit.*, p. 280.

⁶² Na mesma linha, cfr. Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, pp. 278-279, que, por isso, se propõem apresentar, a pp. 278 e segs., uma “proposta de grelha para aplicação do artigo 283.º, n.º 4, do CCP”, dirigida a assumir que a transmissão da invalidade do ato pré-contratual para o contrato constitui a consequência normal imposta pelo direito e, por isso, a prevenir

Ora, nada explica tais atavismos, que, no direito comparado, tendem a ser associados à circunstância, oportunamente notada, de que, na generalidade dos países, os contratos públicos são contratos de direito privado e, no caso francês, que, entre nós, foi seguido, ao facto de se ter procedido, no século XIX, a uma importação acrítica de princípios de direito privado que, nesse país, são interpretados e aplicados com particular rigor. Porque, no que diz respeito ao imperativo da continuidade dos serviços públicos e outros argumentos de Direito públicos, foi desde há muito notado que — com exceções estritamente configuradas, que, entre nós, foram precisamente cobertas pelo regime das causas legítima de inexecução —, tais imperativos nunca constituíram obstáculo à aceitação generalizada da anulação de atos administrativos⁶³.

Pela nossa parte, não podemos deixar de assumir o entendimento de que a anulação de contratos públicos comprovadamente inválidos só deve ser afastada em circunstâncias excepcionais. Exige-o o imperativo de se assegurar que as invalidades não ficam sem sanção⁶⁴, sob pena de se transformar a

interpretações demasiado laxistas dos tribunais, que afastem sempre a anulação consequente dos contratos públicos. Mas, a nosso ver, a grelha proposta pelos Autores é, ainda assim, extremamente laxista. A nosso ver, com efeito, a única forma de evitar que tribunais “ainda tradicionalmente muito condicionados ao preconceito da inexpugnabilidade dos contratos públicos celebrados e em execução” se recusem a anular todos os contratos, é assumir-se, como faz o artigo 2.º-D das Diretivas Recursos que “nem dificuldades de ordem prática, nem a necessidade de salvaguardar os valores da segurança jurídica ou da estabilidade da relação contratual, nem o intuito de evitar prejuízos financeiros significativos para a entidade adjudicante”, mas só imperativos de interesse público, podem ser invocados como motivos relevantes para impedir a destruição (retroativa ou prospetiva, de acordo com o critério do juiz) dos efeitos do contrato” (cfr. ainda Autores e *op. cit.*, p. 352).

⁶³ Nesse sentido, crítico em relação ao “imperativo supremo” que entende ter sido assumido pelo Conselho de Estado francês de “assegurar a continuidade do contrato administrativo”, que, a seu ver, não encontra paralelo na atitude dos juízes comuns em relação aos contratos privados, cfr. Dominique Pouyaud, *op. cit.*, p. 361 e, em geral, 359-364. Na mesma linha, Roberto Caranta, *op. cit.*, p. 98, exprime o entendimento de que, no que se refere à questão da invalidade dos contratos, os constrangimentos com que as Diretivas Recursos se deparam decorrem do facto de lidarem com contratos de direito privado que resultam de procedimentos de direito público, porque num contexto típico de Direito Administrativo os atos jurídicos sustentados em procedimentos ilegais são anulados.

⁶⁴ Assinalando que o Direito da União Europeia introduz, nesta matéria, a perspectiva de entender a invalidade como uma infração que deve ser sancionada e, portanto, que “o juízo sobre os efeitos da invalidade não pode consistir unicamente numa ponderação dos interesses

regra da anulação em exceção. Tal como sucede com o regime das causas legítimas de inexecução e, pelo mesmo motivo, com o regime do artigo 45.º do CPTA, também os regimes do n.º 4 do artigo 283.º e do n.º 4 do artigo 285.º devem ser, pois, a nosso ver, objeto de uma aplicação estrita, que, neste caso, exige uma interpretação restritiva. E parece-nos, por isso, valer a pena procurar traçar, de seguida, alguns parâmetros quanto ao modo pelo qual, nessa perspetiva, se deve proceder à aplicação dos regimes em causa.

a) A nosso ver, o mero decurso do tempo e a circunstância de, entretanto, se ter dado início à execução do contrato não devem constituir, só por si, fundamento suficiente para o afastamento da sua anulação. É necessário que a esse facto acresça a demonstração de que, nas específicas circunstâncias do caso, a eliminação do contrato teria consequências excepcionalmente gravosas para o interesse público.

Por conseguinte, nada justifica a imputação de um estatuto de consistência reforçada à posição que, para as partes, resulta do contrato público, no momento subsequente ao da sua celebração, em comparação com a posição em que entidade adjudicante e adjudicatário se encontravam colocados no momento anterior a essa celebração. E isto vale, em particular, para o cocontratante da Administração, que, a nosso ver, nada justifica que seja tratado, a partir do momento em que assina o contrato, como um terceiro alheio ao litígio que envolveu as condições em que obteve a adjudicação e que, sendo parte no processo em que a validade do contrato é posta em causa, tem a oportunidade de defender a sua posição no âmbito desse processo⁶⁵.

Com efeito, o adjudicatário e, depois, cocontratante da Administração é, naturalmente, titular de uma posição digna de tutela — e, se estiver de boa fé, *em sentido subjetivo*, por não ter dado causa às ilegalidades cometidas, poderá

em jogo com o fim de tutelar as posições jurídicas dos sujeitos afetados por uma licitação e o interesse geral. Há que atender aos resultados que essa ponderação tem na realidade e modulá-los para garantir que a invalidade não fica impune”, cfr. Sílvia Díez Sastre, *op. cit.*, p. 309.

⁶⁵ Suscita-nos, pois, reservas o apelo que o n.º 4 do artigo 283.º do CCP faz ao princípio da boa fé e as consequências que dele se pretendem extrair: cfr., a propósito, Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, pp. 282 e segs. (e 276, onde se faz notar a diferença de postura, quanto a este ponto, dos tribunais franceses).

ter direito a ser indenizado por danos sofridos⁶⁶. Mas não desconhece, nem antes, nem depois de celebrar o contrato, a situação litigiosa em que se encontra, pelo que não pode ser qualificado como um terceiro de boa fé, *em sentido objetivo*, para o efeito de dever ser reconhecido, à partida, como titular de uma posição que o proteja contra a anulação do contrato⁶⁷.

b) Por outro lado, é evidente que, se dela ainda puder ser extraído algum efeito útil, a anulação de um contrato tem sempre custos, que lhe são inerentes — designadamente o eventual dever de indemnizar o cocontratante que era parte no contrato anulado. Mas, precisamente por isso, esses custos não devem poder ser considerados para o efeito de determinar o afastamento da anulação.

É o que estabelece o n.º 4 do artigo 283.º-A, aplicável às situações, a que esse artigo se refere, de transposição do artigo 2.º-D das Diretivas Recursos, que, nesse sentido, tem, precisamente, o cuidado de precisar que o interesse económico na manutenção dos efeitos do contrato só pode ser considerado razão imperiosa que exija a manutenção desses efeitos em circunstâncias excepcionais, em que a anulação acarretaria consequências desproporcionadas, e, logo em seguida, de acrescentar que, “no entanto, não deve constituir razão imperiosa de interesse geral o interesse económico diretamente relacionado com o contrato em causa”, que “inclui, designadamente, os custos resultantes de atraso na execução do contrato, os custos resultantes da abertura de um

⁶⁶ Cfr., a respeito, as considerações de Sue Arrowsmith, *op. cit.*, pp. 1024 e 1031, com referência à necessidade de não se desencorajarem os agentes económicos de contratarem com entidades públicas.

⁶⁷ É nos termos enunciados no texto que, a nosso ver, cumpre, neste domínio, distinguir os planos de intervenção dos conceitos de boa fé em sentido subjetivo e boa fé em sentido objetivo, que, na doutrina, tendem a ser confundidos, seja para o efeito de invocar a boa fé subjetiva dos beneficiários dos atos da Administração como fundamento para conservarem os benefícios que lhes são atribuídos (cfr. Vieira de Andrade, “A nulidade administrativa: essa desconhecida”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010, p. 778, nota 40; “Inconsequências e iniquidades na aplicação da doutrina da nulidade do ‘acto consequente’ de acto anulado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra, 2012, pp. 400-401), seja para o efeito de invocar a falta de boa fé objetiva dos mesmos para lhes recusar o direito a serem indenizados por danos sofridos (cfr., vg., António Cadilha, “Efetividade das sentenças de anulação de atos de adjudicação”, *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 124, p. 22, nota 5).

novo procedimento de adjudicação, os custos resultantes da mudança do operador económico que executa o contrato e os custos das obrigações legais resultantes da privação de efeitos” do contrato (artigo 2.º-D, n.º 3).

É, a nosso ver, significativo que o artigo 283.º do CCP não contenha preceito de conteúdo equivalente ao do n.º 4 do artigo 283.º-A, e é, por isso, natural que custos da natureza referida sejam considerados pelos juízes na generalidade dos casos⁶⁸. Mas, a nosso ver, não devem sê-lo, nem há nada, no n.º 4 do artigo 283.º, que imponha que eles o sejam.

c) Quanto ao mais, não pode deixar de ter-se presente que as situações que se podem colocar no âmbito de aplicação do n.º 4 do artigo 283.º e do n.º 4 do artigo 285.º do CCP são muito heterogéneas e que a questão de saber se o efeito anulatório deve ser afastado por razões de interesse público não pode ser respondida *a priori*, mas apenas tomando em consideração a configuração específica do contrato, em todas as suas implicações.

Há, desde logo, a questão da demora que decorrerá da substituição do cocontratante, nos casos em que a execução do contrato, porventura em curso, deva vir a ser retomada por um novo cocontratante. E, eventualmente, das consequências que podem resultar da interrupção na execução do contrato, quando esta envolva a prestação contínua de bens ou serviços ao público, cuja interrupção pode contender com o imperativo de continuidade na realização das prestações em causa. Mas mesmo quando esteja em causa a execução de contratos desse tipo, não deve excluir-se que, dependendo das circunstâncias, a resposta possa ser encontrada na modulação dos efeitos da anulação.

A nosso ver, quando tal seja necessário, a resposta pode, na verdade, passar, por exemplo, pelo decretamento da anulação do contrato só com

⁶⁸ Admitindo que, no âmbito da ponderação convocada pela aplicação do n.º 4 do artigo 283.º do CCP, o Tribunal deve “apreciar fatores como os atinentes ao tempo que já decorreu com a execução do contrato, os danos que a possível suspensão da sua execução pode provocar para a coletividade beneficiada com as suas prestações ou para os demais interesses públicos que foram prosseguidos pela decisão de contratar, os investimentos já operados pelo adjudicatário (ilegalmente escolhido), os demais danos emergentes e os lucros cessantes sofridos tanto por este último quanto pelo concorrente ilicitamente preterido e a gravidade que o vício causador da anulabilidade representa para o ordenamento jurídico”, cfr. Pedro Fernández Sánchez, *Direito da contratação pública*, vol. II, pp. 902-903. Cfr. também indicações em Miguel Assis Raimundo, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. II, p. 113.

efeitos para futuro e, quando seja caso disso, por se permitir prolongar a execução do contrato existente, através do decretamento de uma anulação com efeitos diferidos ou condicionados, até ao momento em que ele possa ser substituído por outro, porventura na sequência da substituição por outro do ato pré-contratual que foi anulado.

Com efeito, quem pode o mais pode o menos, pelo que se deve entender que o n.º 4 do artigo 283.º do CCP, do mesmo passo que confere ao juiz administrativo o poder máximo de pura e simplesmente não anular o contrato, também lhe confere o poder de fazer menos do que isso, designadamente para o efeito de proferir anulações de alcance limitado ou de efeitos diferidos no tempo, assim como anulações com efeitos condicionados em função do que deva ser feito pela Administração para dar a resposta adequada à situação.

O n.º 3 do artigo 283.º afastava a anulabilidade consequente do contrato quando o ato em que tivesse assentado a sua celebração fosse renovado, sem reincidência nas mesmas causas de invalidade. O preceito foi revogado. Mas não pode deixar de reconhecer-se que, se o ato pré-contratual em que assentou a celebração de um contrato for renovado sem vícios em momento em que o contrato ainda não tenha sido invalidado, essa renovação afasta a invalidade do contrato. Recorde-se, aliás, que os atos administrativos anuláveis podem ser objeto de renovação sanatória durante a pendência de processos judiciais (cfr. artigo 173.º do CPA). E, por outro lado, se o ato pré-contratual for renovado depois de o contrato ter sido anulado, essa renovação pode dar lugar à renovação do próprio contrato, isto é, à celebração, entre as partes, de novo contrato nos mesmos termos.

Ora, a nosso ver, se há vantagem que se pode extrair da existência de um regime como o do n.º 4 do artigo 283.º, é a de que ele permite que a margem de conformação que ele confere ao juiz administrativo possa ser utilizada, no âmbito de ações em que a impugnação do contrato seja cumulada com a do ato pré-contratual, para acomodar este tipo de situações, designadamente para o efeito de determinar, quando isso ainda se mostre possível, o diferimento dos efeitos da anulação do contrato, condicionando a produção desses efeitos à não renovação do ato pré-contratual anulado, de modo a permitir à Administração reinstruir o procedimento e substituir o ato pré-contratual anulado⁶⁹.

⁶⁹ No sentido, pelo contrário, de que o problema não tem solução quando o pedido de impugnação do ato pré-contratual e o pedido de impugnação do contrato não sejam apreciados

7. Epílogo

12. A terminar, não podemos deixar de notar que as principais dificuldades que se podem colocar quando se trata de anular um contrato público prendem-se com o período, mais ou menos longo, de tempo que terá decorrido desde o momento em que o contrato foi celebrado. O que deve relevar, não é a circunstância de o contrato já ter sido assinado: nada impede, nem deve impedir, na verdade, a anulação de um contrato no dia seguinte ao da sua celebração. Mas, com o decurso do tempo, pode dar-se o caso de o contrato já ter sido executado, no todo ou em parte. Como é assumido nas Diretivas Recursos, reveste-se, pois, de vital importância proporcionar aos interessados uma tutela que permita prevenir a constituição de situações de facto consumado: não, a nosso ver, porque a assinatura, em si, do contrato constitua um facto consumado, mas porque já o pode constituir a sua execução.

Ora, não se pode deixar, deste ponto de vista, de lamentar que as Diretivas Recursos se satisfaçam com tão pouco quanto ao grau de tutela que proporcionam aos interessados no domínio da contratação pública. Com efeito, as Diretivas Recursos são louvadas na doutrina comparada por permitirem o restabelecimento da legalidade antes da celebração dos contratos, assim produzindo um efeito dissuasor da prática de ilegalidades e da adoção de práticas de corrupção no âmbito da contratação pública⁷⁰. Pode ser que isso suceda em alguns países. No caso português, entende-se, porém, que o contencioso pré-contratual urgente que entre nós vigora, na configuração que lhe foi dada pelas mais recentes alterações legislativas de que foi objeto, procede à mais lídima transposição dessas Diretivas. Ora, alguém pode

em momentos temporalmente distintos, cfr. Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, p. 272 e nota 472. Como o evidencia a circunstância de, em outros ordenamentos jurídicos, os tribunais adotarem decisões pretorianas do tipo referido no texto, entendemos, no entanto, que o sistema, para mais em domínios em que as normas abrem esse espaço, não pode deixar de ter a flexibilidade necessária para dar a resposta adequada aos problemas que se lhe colocam. Isto, naturalmente, com ressalva de eventual situação de impossibilidade de renovação do ato pré-contratual, como a prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 45.º-A do CPTA.

⁷⁰ Cfr., por todos, Sílvia Díez Sastre, *op. cit.*, p. 308.

afirmar que esse regime se mostra apto a assegurar uma tutela jurisdicional efetiva àqueles que a ela recorrem⁷¹?

Mas deixemos as Diretivas de lado, já que, como é sabido, elas se limitam a estabelecer as condições mínimas a satisfazer para dar cumprimento às exigências impostas pelo Direito europeu, pelo que deixam aos Estados membros amplos poderes de conformação quanto ao modo pelo qual, no respeito por essas condições mínimas, entendam configurar as garantias que asseguram aos cidadãos⁷². E mesmo que elas nem sequer existissem, sempre recairia sobre o Estado o dever de proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva aos cidadãos, designadamente no domínio da contratação pública.

Pois bem, é conhecida e reconhecida a inadmissível morosidade dos nossos tribunais administrativos. Ora, por razões de estrita moralidade pública, essa situação, a que o Estado nada tem feito, ao longo de anos, para dar resposta, não deveria ser utilizada por ele como argumento para se subtrair aos constrangimentos que dela resultam e que, desse modo, o Estado reserva apenas para os cidadãos. Foi, no entanto, o que, no domínio do contencioso pré-contratual urgente, sucedeu com as alterações que, em 2019 e 2021, foram introduzidas ao regime do artigo 103.º-A do CPTA.

E não deixa de ser curioso que os mesmos que reconheciam que, até à reforma de 2015 do CPTA, o que sucedia em 90% dos casos era que, entre o momento em que uma ação do contencioso pré-contratual urgente era proposta e o momento em que a sentença de anulação era proferida, a execução entretanto ocorrida do contrato impedia que dela se tirassem consequências, o que tornava “assaz discutível” a efetividade das sentenças de anulação que eram proferidas no âmbito do contencioso pré-contratual

⁷¹ No sentido de que, a partir do momento em que o nosso ordenamento jurídico institui um meio processual urgente com a configuração do nosso contencioso pré-contratual, está assegurada a conformidade do direito positivo português com a Diretiva 89/665/CE neste domínio, sem que a tal obste a morosidade desse meio dito urgente, “por motivos que, na essência, se situam a jusante da estrita configuração legal do modelo processual, relacionados com vicissitudes próprias do funcionamento quotidiano do sistema de justiça administrativa em Portugal”, cfr. Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, p. 337.

⁷² Cfr., por todos, Roberto Caranta, *op. cit.*, p. 85; Michael Steinicke/Peter L. Vesterdorf, *op. cit.*, p. 1387, onde se recorda que “na ausência de regras relevantes da União Europeia, a configuração detalhada das regras processuais destinadas a assegurar a proteção dos direitos individuais ao abrigo do Direito da União Europeia são da competência do ordenamento interno dos Estados membros”.

urgente, na medida em que o objetivo visado nunca era alcançado⁷³, tenham vindo acusar a referida reforma de 2015 de, por ter ido para além delas, ter procedido a uma transposição desequilibrada das Diretivas Recursos e preconizar que, na prática, se regressasse, como regressou, a situação de alcance equivalente à anterior, que, com 90% de inefetividade, pelos vistos assegurava um estado de coisas mais equilibrado⁷⁴.

A nosso ver, é lamentável que o mesmo ordenamento jurídico que, como vimos, consagra soluções de tal modo preocupadas em promover a estabilidade dos contratos públicos que enfermam de invalidades consequentes, nada faça para promover o acesso dos interessados a uma tutela que ao menos permita prevenir a celebração e execução desses contratos. E mais lamentável ainda que isso seja feito com o incentivo e aplauso de uma doutrina aparentemente insensível ao direito à tutela jurisdicional efetiva, que, também neste domínio, a Constituição reconhece aos cidadãos.

Não se pode deixar, pois, de notar que, sem uma alteração substancial do regime do contencioso pré-contratual, a efetividade das regras da contratação pública e da tutela dos interessados em reagir contra as situações em que elas são violadas continuará a ser uma miragem. O caminho poderia, porventura, passar, a exemplo do que, entre outros países, sucede na Espanha, pela instituição, fora do âmbito dos tribunais administrativos, de órgãos parajurisdicionais de resolução célere dos litígios neste domínio — a começar pela resolução em tempo útil dos pedidos relativos à apreciação da ilegalidade de disposições contidas nos documentos conformadores dos procedimentos de formação dos contratos. É uma possibilidade que, a nosso ver, merece ser equacionada⁷⁵.

⁷³ Cfr. António Cadilha, “Efetividade das sentenças de anulação de atos de adjudicação”, pp. 21-23.

⁷⁴ Cfr. António Cadilha, “O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação (art. 103.º-A do CPTA): uma transposição equilibrada da Diretiva Recursos?”, *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 119, pp. 4 e segs.

⁷⁵ A proposta dá resposta ao diagnóstico efetuado por Carlos Fernandes Cadilha/António Cadilha, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, pp. 319 e segs., que concluem que a solução só pode resultar da obtenção num prazo efetivamente curto de uma resolução definitiva da questão de fundo (p. 322). Os Autores afastam-se, no entanto, da solução proposta no texto por entenderem que mecanismos de resolução administrativa de litígios não são aptos a conquistar a adesão dos interessados (cfr. pp. 330-331). A nossa ideia seria, no entanto, da instituição de organismos dotados de um estatuto, não administrativo, mas verdadeiramente parajurisdicional.