



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Indemnização por ilegalidades cometidas em procedimentos pré-contratuais - o enigmático artigo 7º n.º 2 do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas

Sandra Daniela da Rocha Gaspar

Mestrado em Direito
Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Indemnização por ilegalidades cometidas em procedimentos pré-contratuais - o enigmático artigo 7º n.º 2 do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas

Mestrado em Direito

Orientador: Prof. Doutor Pedro Cerqueira Gomes

Sandra Daniela da Rocha Gaspar

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

Agradecimentos

À minha família pelo apoio incessante, sem o qual jamais conseguiria levar este desafio a bom porto.

Às minhas filhas, Constança e Carlota, pelo tempo de convivência e dedicação que lhes roubei.

Ao meu orientador, Senhor Professor Doutor Pedro Cerqueira Gomes, pela disponibilidade, pertinência e utilidade das sugestões e ainda pela simpatia com que ouviu as minhas dúvidas.

À Bárbara, minha colega de curso e amiga, pelo encorajamento, partilha de ideias e permanente entreaajuda.

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar a obrigação de indemnização das entidades adjudicantes por violação de normas no âmbito do procedimento de formação dos seus contratos, prevista no n.º 2 do art. 7º do Regime Geral da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, aprovado em anexo à Lei 67/2007 de 31/12.

O preceito em apreço é o resultado das imposições do Direito da União Europeia no campo da política da contratação pública, com o fito de alcançar um mercado comum, aberto e de livre concorrência.

Deste modo, embora o artigo citado esteja inserido no Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, a verdade é que o mesmo, por influência do Direito da União Europeia, contém um regime próprio que se distancia do regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Assim, procedemos à sua interpretação à luz do regime previsto nas denominadas Diretivas Recursos, ou seja, Diretiva n.º 89/665/CEE, do Conselho de 21/12/1989 e a Diretiva n.º 92/13/CEE, do Conselho de 25/02/1992. Concomitantemente é analisado o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do Direito da União Europeia seguindo-se a vasta jurisprudência emanada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Por fim é analisada a indemnização a conceder ao lesado, o tipo de danos e respetiva ressarcibilidade enquanto interesse contratual positivo ou negativo e ainda a perda de chance.

Palavras-chave: indemnização por ilegalidades pré-contratuais; Administração Pública; culpa; responsabilidade extracontratual dos Estados Membros por violação do Direito da União Europeia; Diretivas-Recursos; interesse contratual positivo e negativo; perda de chance.

Abstract

The purpose of this work is to analyze the obligation of indemnity of the contracting entities for the violation of rules that are established in the procedure for the formation of their contracts, in accordance with n.º 2 of art. 7 of the General Regime of Extra-contractual Civil Liability of the State, approved in annex to Law 67/2007 of 12/31.

The aforementioned n.º 2 of art. 7º, is the result of impositions from the European Union Law in the field of public procurement policy with the objective of achieving a common and open market with free competition.

Although the aforementioned article is included in the State's Extra-Contractual Civil Liability Regime, due to the influence of European Union Law it contains its own regime that distances itself from the general regime of the State's extra-contractual civil liability.

Therefore, we proceed to its interpretation in the light of the regime foreseen in the Resources Directives, that is, Directive n.º 89/665/EEC, of the Council of 21/12/1989 and Directive n.º 92/13/EEC, of the Council of 25/02/1992. Simultaneously, the regime of non-contractual civil liability of the State for violation of European Union Law is analyzed in accordance with the vast jurisprudence issued by the Court of Justice of the European Union.

Finally, we also analyze the compensation to be granted to the injured party, the type of damages and respective reimbursement as a positive or negative contractual interest and also the loss of chance.

Keywords: compensation for pre-contractual illegalities; Public Administration; fault; non-contractual liability of Member States for breach of European Union law; Directives-Resources; positive and negative contractual interest; loss of chance.

Índice

Lista de Siglas e abreviaturas	8
Introdução.....	9
1. Fontes normativas da responsabilidade civil extracontratual do Estado.....	10
2. Influência do DUE no novo RRCEE.....	12
2.1. As Diretivas Recursos e o caso C-275 <i>Comissão/Portugal</i>	13
3. O art. 7º n.º 2 do RRCEE	16
3.1. Violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100º do CPTA	17
3.1.1. Tipologia de atos que podem gerar responsabilidade civil extracontratual	17
3.1.2. Procedimentos pré-contratuais	18
3.1.3. Contratos de valor inferior aos limiares europeus e/ou sem interesse transfronteiriço certo.....	20
3.2. Requisitos do RRCEE definidos pelo direito europeu	23
3.2.1. Responsabilidade extracontratual dos EM por violação do DUE	23
A. Que a regra de direito violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares	25
B. Violação suficientemente caracterizada	25
C. Nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido .	27
3.2.2. As Diretivas Recursos – indemnização e condições	28
A. Violação do bloco legal de DUE ou das normas nacionais que o transpõe.....	31
B. Inexigência de juízo de culpa.....	31
C. Possibilidade real	32
4. Dano	33
4.1. Categorias de danos.....	34
4.2. O regime da culpa <i>in contrahendo</i> e a indemnização nos termos gerais	36
4.3. Perda de chance	37
Conclusão	42
Bibliografia.....	43
Bibliografia de Jurisprudência	48

Lista de Siglas e abreviaturas

A.	Autor(a)
Ac.(s)	Acórdão(s)
art.(s)	artigo(s)
al.	alínea
CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
Cfr.	confrontar
DL	Decreto-lei
DUE	Direito da União Europeia
EA	Entidade(s) Adjudicante(s)
EM	Estado-membro
para.	parágrafo
p.	página
pp.	páginas
ss.(s)	seguinte(s)
RRCEE	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas
RP	República Portuguesa
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TC	Tribunal Constitucional
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
v.g.	<i>verbi gratia</i>

Introdução

O objeto deste trabalho versa sobre a obrigação de indemnização das EA por violação de normas ocorridas no procedimento de formação dos seus contratos, prevista no art. 7º n.º 2 do RRCEE, aprovado em anexo à Lei 67/2007 de 31/12. Este preceito, por sua vez, estabelece uma articulação com o DUE, o CCP, o CPTA e, como não poderia deixar de ser com o CPA. Recorrendo às palavras expressivas do conceituado Professor Sérvulo Correia “[N]ão parece exagerada a afirmação de que o *Código do Procedimento Administrativo*, o *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, a *Lei sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* e o *Código dos Contratos Públicos* constituem os quatro pilares infraconstitucionais do Direito Administrativo português. Implícitos, ou explícitos de modo mais ou menos discreto, são múltiplos os veios de comunicação e interação entre os quatro subsistemas normativos codificados.”¹ No presente, será abordado o art. 7º n.º 2 do RRCEE, à luz da influência exercida pelo direito europeu e não tanto no seu *veio* da contratação pública. Assim, iniciaremos o nosso labor pela apresentação das fontes normativas nacionais e europeias de onde decorre o dever de indemnizar. De seguida será abordada a ação condenatória *Comissão Europeia/ Portugal* e as Diretivas Recursos. Daí seguiremos até ao n.º 2 do art. 7º do RRCEE procedendo ao seu recorte normativo e densificação dos requisitos de que depende a obrigação de indemnizar das EA. Por fim, dedicaremos a nossa atenção na indemnização a arbitrar e se a mesma concebe, ou não, a figura da perda de chance. Para podermos avançar na análise a que nos propusemos, cumpre esclarecer que no presente não serão abordadas as hipóteses em que o próprio CCP determina a obrigação de indemnizar por parte da EA, nomeadamente nos seguintes âmbitos: (i) na decisão de escolha do procedimento (art. 27º n.º 5 e 6); (ii) na decisão de adjudicação (art.(s) 76º n.º 2 e 3 e 79º n.º 4); e ainda (iii) decorrente da não outorga do contrato (art. 105º n.º 3 e 4). Nestas situações o legislador consagrou na letra da lei a obrigação de indemnização por parte da EA, não por ato ilícito, mas, outrossim, por ato lícito, a qual não será objeto de tratamento.

¹ (Correia, 2017) (itálico do A.)

1. Fontes normativas da responsabilidade civil extracontratual do Estado

A primeira fonte normativa incontornável no desenho de todo o edifício jurídico da responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas de direito público tem assento constitucional no art. 22º da nossa Lei Fundamental. É relativamente pacífico na doutrina e jurisprudência que é este o comando constitucional² que consagra o princípio da responsabilidade direta do Estado e demais entidades públicas pelas ações e omissões cometidas no exercício das suas diversas funções, quais sejam a administrativa, legislativa, política e jurisdicional³. Como reconhece Rui Medeiros a principal função deste princípio é reparadora, assegurando aos lesados o ressarcimento dos danos que lhes sejam causados⁴.

Concomitantemente, além de consagrar um direito fundamental dos particulares à reparação dos danos, o preceito citado configura uma manifestação do princípio do Estado de Direito⁵, estabelecendo um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias do Título II, da Parte I, por força da remissão operada pelo art. 17º da CRP⁶. Relativamente aos destinatários da norma - Estado e demais entidades públicas-, do amplo teor textual decorre que se pretende abranger todas as entidades públicas, inclusive as que atuam nas formas de direito privado. De notar ainda, como sublinha a doutrina autorizada na matéria, que a interpretação do art. 22º da CRP deve alinhar-se com a jurisprudência e DUE, nomeadamente com o princípio da responsabilidade da União previsto no art. 340º do TFUE, e ainda com o princípio da responsabilidade dos EM por violação do direito europeu⁷. Quanto a esta última a jusante dedicaremos maior desenvolvimento.

² Além do art. 22º da CRP a responsabilidade estadual é ainda referida nos art.(s) 27º n.º 5; 29º n.º 6; 62º n.º2; 83º; 117º n.º 1 e 271º n.º 1, todos da CRP.

³ Neste sentido (Sampaio, 2018) e (Mesquita M. J., (s.d.))

⁴ (Medeiros, 2010)

⁵ Cfr. (Canotilho & Moreira, 2007, p. 425) onde os Autores referem que a responsabilidade civil prevista no preceito se conexas com outros princípios jurídico-constitucionalmente estruturantes como o princípio do Estado de direito (art. 1º e 2º), o princípio da constitucionalidade e legalidade da ação do Estado (art. 4º) e o princípio da igualdade (art. 13º). Acrescentando que o preceito visa ainda garantir substantividade jurídico-constitucional como um direito de defesa, legitimado de pretensões indemnizatórias, contra a violação de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

⁶ Cfr. (Sousa & Matos, 2008)

⁷ Cfr. (Canotilho & Moreira, 2007, pp. 264-265) onde os autores afirmam tratar-se de “uma das mais importantes alterações alguma vez introduzidas no sistema das fontes de direito do ordenamento jurídico-constitucional português e, mesmo, uma das mais importantes alterações constitucionais desde a origem da CRP” e significa que “as normas dos tratados, bem como as normas emanadas pelas instituições europeias, *prevalecem sobre as normas de direito interno*, incluindo as normas da própria Constituição (pois a norma de direito constitucional não distingue e a referida jurisprudência comunitária sempre se pronunciou nesse sentido)”.

A densificação e concretização substantiva do princípio da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas é operada através da Lei n.º 67/2007, de 31/12, que aprovou o RRCEE⁸, alterada pela Lei n.º 32/2008, de 17/7/2008, a qual sucedeu e revogou o D.L n.º 48051, de 21/11/1967. O D.L. n.º 48051 foi o diploma que durante décadas regulou na nossa ordem jurídica a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas no domínio dos atos de gestão pública, estando apenas aí abrangidos os atos integrados na função administrativa do Estado. Face à ausência de normação quanto às demais funções, a jurisprudência, sob impulso da doutrina, foi paulatina e reiteradamente ancorando no art. 22º da CRP a faculdade de exigir uma indemnização por prejuízos causados por qualquer ação funcional do Estado, designadamente, por atos relativos à função jurisdicional e à função legislativa⁹.

A Lei 67/2007 veio dar voz àquele comando constitucional constituindo, nas palavras de Mário Aroso de Almeida “o primeiro ato legislativo que, no ordenamento jurídico português, define, não apenas o regime da responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes do exercício da função administrativa, mas também o regime da responsabilidade emergente do exercício das demais funções do Estado.”¹⁰

O surgimento do novo RRCEE no nosso ordenamento jurídico foi também imposto pela necessidade de conformar a legislação portuguesa com o DUE¹¹. De facto, a RP foi condenada pelo TJ¹² devido à incorreta transposição da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21/12/1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e fornecimento, em particular da norma respeitante à indemnização das EA (art. 2º n.º 1 al. c) e art. 1º al. d) da Diretiva 92/13/CEE). A alteração imposta materializou-se no art. 7º n.º 2 do novo

⁸ Para (Gomes C. A., Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas?, 2019) “[O] regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro (=RRCEE), concretizando o artigo 22º da CRP, aponta para um modelo misto de responsabilidade da função administrativa, o qual, mantendo embora a via de responsabilização subjectiva, alarga consideravelmente a responsabilização objectiva e matiza bastante a primeira. De algum modo, esta bipolaridade vai ao encontro da — por alguma doutrina defendida — dupla valência do artigo 22º da CRP, que acolheria tanto a via de responsabilização objectiva (pelo risco) como a subjectiva (pela culpa).”

⁹ Cfr. Parecer da Procuradoria-Geral Distrital, Tribunal da Relação de Lisboa, disponível para consulta em http://www.pgdlisboa.pt/textos/files/tex_0040.pdf, consultado em 22/01/2022.

¹⁰ (Almeida, 2021, p. 623)

¹¹ Neste sentido (Duarte, 2018) e (Eiró & Mealha, 2010)

¹² Ac. do TJ *Comissão/Portugal* de 14/10/2004, proc. C-275/03, no qual o TJ determinou o incumprimento do Estado Português por não transposição correta da Diretiva 89/665/CEE; e proc. C-70/06, ac. do TJ de 10/01/2008, que tinha por objeto o incumprimento do acórdão de 14/10/2004, e a consequente não transposição da Diretiva 89/665/CEE, na qual a RP foi condenada no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória por violação do art. 260º, n.º1 do TFUE.

RRCEE, que determina a obrigação de indemnizar por parte das EA pelos danos causados no âmbito do procedimento de formação dos seus contratos. Para que se possa apreender e interpretar adequadamente o conteúdo normativo do preceito em análise é fundamental perscrutar-se o direito da UE e os motivos jacentes não só à aprovação do novo RRCEE, mas também à alteração promovida pela Lei n.º 32/2008, bem como a ação interposta pela Comissão contra Portugal, é o que nos propomos realizar nas próximas linhas.

2. Influência do DUE no novo RRCEE

Por via da integração europeia, os EM deparam-se com a obrigação de harmonizar a legislação nacional com as Diretivas que são emanadas pela UE¹³, com vista a tal desiderato os EM têm a obrigação de proceder à sua transposição e garantir a sua efetiva aplicação no ordenamento jurídico nacional eliminando os dispositivos nacionais que impeçam essa aplicação¹⁴. Porém, devido à heterogeneidade concetual e legislativa de cada ordenamento, a transposição das Diretivas e respetiva harmonização com a legislação nacional de cada EM mostrou-se uma tarefa de exímia dificuldade que resultou, em alguns EM, na falta de transposição das Diretivas ou na sua transposição desconforme. O TJ confrontado com essas contrariedades foi gizando um conjunto de regras e princípios destinados a superar essas deficiências, como o princípio do primado do DUE¹⁵, o princípio do efeito direto e o princípio da interpretação conforme com o DUE¹⁶⁻¹⁷. Este último conjugado com a teoria do efeito direto vertical das Diretivas foram o *leitmotif* para a construção pelo TJ do princípio da responsabilidade dos EM por violação do direito europeu¹⁸. Dito isto, no presente capítulo iremos fazer uma breve análise da transposição das Diretivas Recursos (Diretiva

¹³ Veja-se o ac. do TJ *Simmenthal* de 9/03/1978, proc. n.º 106/77, que determinou que as regras de aplicabilidade direta do direito comunitário devem produzir todos os seus efeitos uniformemente em todos os EM e que por força do princípio do primado do DUE, as disposições internas que lhes sejam contrárias devem automaticamente tornar-se inaplicáveis.

¹⁴ Neste sentido (Eiró, 2013, p. 88) e art. 288º §3 do TFUE.

¹⁵ Plasmado nos art. 7º n.º 6 e 8º n.º 4 da CRP, que impõe a prevalência do DUE sobre o direito nacional que lhe seja desconforme, visando impedir a formação de novos atos legislativos nacionais que lhe sejam contrários. Cfr. a título exemplificativo, os ac.(s)do TJ *Costa/Enel* de 15/07/1964, proc. 6/64, *Simmenthal* de 9/03/78, proc. n.º 106/77 e *Factortame* de 19/06/1990, proc. n.º C-213/89.

¹⁶ O princípio da interpretação conforme com o DUE decorre da interpretação do TJ acerca das disposições conjugadas dos art(s) 4º nº 3 e 288º nº 3 do TFUE. Este determina que o intérprete ou aplicador do direito confira às disposições nacionais um sentido conforme com as disposições do DUE. Quanto ao sentido e alcance deste princípio veja-se o ac. do TJ *Von Colson* de 10/04/1984, proc. 14/83.

¹⁷ Não sendo pretensão do presente abordar estes princípios, permitimo-nos, tão só, nomeá-los, de forma a enquadrar o ponto que vamos analisar de seguida. Para mais desenvolvimentos veja-se, por exemplo, (Quadros, 2008)

¹⁸ Neste sentido (Eiró, 2013, p. 92) e (Quadros, 2008, p. 438)

n.º 89/665/CEE, do Conselho de 21/12/1989¹⁹ e a Diretiva 92/13/CEE, do Conselho de 25/02/1992²⁰) pelo Estado Português que culminou na sua condenação e esteve na origem da aprovação do novo RRCEE e, em especial, do regime ínsito no n.º 2 do art. 7º daquele diploma.

2.1. As Diretivas Recursos e o caso C-275 Comissão/Portugal

A política de contratação pública constitui um instrumento essencial para a realização de um mercado comum²¹, aberto e de livre concorrência²²⁻²³. Para a prossecução e alcance desse objetivo a UE entendeu que devia impor regras e princípios iguais destinados a alinhar o regime aplicável a este tipo de contratos em todos os EM. Os princípios gerais constam do Tratado da UE e do TFUE, bem como da abundante jurisprudência do TJ²⁴. Já as regras aplicáveis constam das atuais Diretivas n.º 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro²⁵, relativa aos contratos públicos, Diretiva n.º 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de concessão, Diretiva n.º 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014²⁶, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e Diretiva 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, cuja transposição para o ordenamento jurídico nacional de cada EM é obrigatória. Estas Diretivas apenas são aplicáveis aos tipos contratuais abrangidos pelas mesmas e

¹⁹ Alterada pela Diretiva 92/50/CEE do Conselho de 18 de junho de 1992, Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e Diretiva n.º 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

²⁰ Alterada pela Diretiva 2006/97/CE do Conselho de 20 de novembro de 2006, Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

²¹ Para (Arrowsmith, s.d., p. 44) na Europa a criação de um “single market” e o investimento na prosperidade económica também foi visto como o principal meio para alcançar a paz.

²² (Mealha, 2018)

²³ Para (Arrowsmith, s.d.) o regime imposto na UE para desenvolver o mercado interno procura quatro resultados: 1º proibir a discriminação na contratação pública; 2º impor aos EM procedimentos de adjudicação transparentes; 3º eliminar restrições de acesso ao mercado; 4º assegurar que os EM obtêm “value for money”.

²⁴ Como é consabido os ac.(s) prejudiciais têm efeito vinculativo, obrigam não só o tribunal que suscitou a questão prejudicial, bem como os demais, constituindo uma das principais formas de interpretar o DUE.

²⁵ Que sucedeu e revogou a Diretiva 2004/18/CE, esta última revogou as Diretivas 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, e 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

²⁶ Que revogou a Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004, que havia sucedido à Diretiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

desde que tenham um valor estimado igual ou superior aos limiares estabelecidos em cada uma delas²⁷. Quanto ao objetivo, as Diretivas visam garantir a abertura do mercado a outros EM²⁸, promover a eficiência e transparência nos procedimentos de contratação pública, bem como a igualdade de oportunidades e de tratamento dos potenciais concorrentes e ainda a otimização dos dinheiros públicos.

A *Europeização* do direito da contratação pública e a consequente abertura concorrencial do mercado à concorrência Europeia, também reclamaram a imposição de um conjunto de garantias destinadas a reforçar o princípio da transparência e não discriminação e a tutelar as posições dos concorrentes no âmbito dos processos de adjudicação dos contratos de direito público, visando a aplicação efetiva e em tempo “útil” das diretivas da contratação pública²⁹. Como refere P. Cerqueira Gomes “(...) o legislador europeu movido pela necessidade de dar cumprimento ao princípio da efetividade decidiu restringir a autonomia dos EM, por via legislativa” “(...) através de um conjunto uniforme de regras capazes de conferir uma tutela efetiva aos potenciais candidatos/concorrentes.”³⁰ Prosseguindo esse desiderato foi aprovada a Diretiva n.º 89/665/CEE, do Conselho de 21/12/1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos e a Diretiva 92/13/CEE, do Conselho de 25/02/1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras do DUE em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores especiais, ou seja água, energia, transportes e telecomunicações. São estas Diretivas que juntas representam as comumente denominadas “Diretivas Recursos”³¹.

O escopo destas Diretivas foi habilitar as instâncias de recurso competentes a adotar medidas: **i)** para suspender ou mandar suspender um procedimento de adjudicação do contrato público ou a execução de quaisquer decisões tomadas pela entidade adjudicante³²; **ii)** anular ou mandar anular

²⁷ Cfr. art. 4º da Diretiva 2014/24; art. 8º da Diretiva 2014/23; art. 15º da Diretiva 2014/25 e art. 8º da Diretiva 2009/81.

²⁸ (Arrowsmith, 2006)

²⁹ Para uma análise pormenorizada das Diretivas *vide* (Gomes P.C., 2014); (Cadilha & Cadilha, 2013); (Cabral, 2017); (Shebesta, 2016, pp. 22-28) e (Arrowsmith, 2006, pp. 337-384).

³⁰ (Gomes P.C., 2014, p.295)

³¹ No presente iremos abordar as Diretivas Recursos na sua versão atual, não apreciando os motivos e alterações que sucederam à versão inicial, quanto a estes veja-se a bibliografia citada na nota 49.

³² al. a) do n.º 1 do art. 2º da Diretiva 89/665/CEE.

as decisões ilegais, incluindo mandar suprimir especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem do convite à apresentação de propostas, caderno de encargos ou outro documento relacionado com o procedimento de adjudicação³³; e *iii*) a concessão de indemnizações aos lesados por uma violação³⁴.

A transposição para a ordem jurídica nacional da Diretiva 89/665/CEE, foi levada a cabo pela aprovação do D.L. n.º 134/98, de 15 de Maio³⁵⁻³⁶, que estabeleceu uma forma de recurso urgente contra todos os atos administrativos ofensivos dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados no âmbito da formação dos contratos públicos abrangidos. Porém, quanto à possibilidade de se acionar o Estado em sede de responsabilidade civil a fim de ser arbitrada indemnização aos concorrentes lesados pelos atos ilegais, tal matéria estava sujeita ao RRCEE à data regulado pelo D.L. n.º 48051.

Foi perante este quadro jurídico que a Comissão Europeia desencadeou a via pré-contenciosa prevista no art. 258º do TFUE, que culminou com a apresentação pela Comissão junto do TJ de uma ação de incumprimento³⁷⁻³⁸ contra a RP, e com a posterior condenação em sanção pecuniária compulsória³⁹.

Em suma, a Comissão argumentava que a RP não deu cumprimento ao art. 2º n.º 1, al. c) da Diretiva Recursos⁴⁰, que prevê a atribuição de uma indemnização às pessoas lesadas por qualquer violação do DUE aplicável à celebração de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõe, na medida em que o D.L. n.º 48051 subordinava “(...) a atribuição de uma indemnização à produção de prova, por parte dos lesados, de que os atos ilegais do Estado ou das pessoas coletivas de direito público foram cometidos com culpa ou dolo”⁴¹, o que era incompatível com o que se encontrava previsto na disposição supra citada.

³³ al. b) do n.º 1 do art. 2º da Diretiva 89/665/CEE.

³⁴ al.c) do n.º 1 do art. 2º da Diretiva 89/665/CEE.

³⁵ O qual foi estendido aos setores especiais pelo art. 48º do DL 223/2001, de 9/08, assim se transpondo a Diretiva 92/13/CEE.

³⁶ Revogado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro que aprovou o CPTA, o qual implementou uma ação autónoma aplicável aos tipos contratuais abrangidos pelas Diretivas Europeias da Contratação Pública.

³⁷ Ac. do TJ *Comissão/Portugal* de 14/10/2004, proc. C-275/03.

³⁸ Para mais desenvolvimentos acerca do processo contencioso *vide* (Mesquita M. J., 2009) e (Medeiros & Martins, 2013).

³⁹ Proc. n.º C-70/06, que originou o ac. 10/01/2008, no qual o TJ para além de declarar o incumprimento da RP por não ter revogado o D.L. n.º 48051 no prazo concedido para o efeito, procedeu à sua condenação no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória no montante de €19.392,00 por cada dia de atraso.

⁴⁰ Referimo-nos à Diretiva 89/665.

⁴¹ Cfr. n.º 20 do ac. do TJ de 14/10/2004, já citado.

De facto, visto que na maioria das situações não é possível, ou é extremamente difícil determinar de quem foi a culpa, tal acarreta que o lesado não consiga obter a indemnização pedionada e a que teria direito, ou, pelo menos, essa dificuldade leva a que a ação interposta seja morosa e provavelmente ineficaz⁴². Para além disso, o TJ concluiu que o facto de o juiz nacional não aplicar as disposições restritivas daquele diploma por força do disposto no art. 22º da CRP, não tinha qualquer efeito sobre o incumprimento, violando ainda a exigência de segurança jurídica expectável perante os órgãos jurisdicionais nacionais, tendo assim declarado o incumprimento por parte da RP.

Em 31/12/2007 foi aprovado o novo RRCEE, não obstante após a Comissão ter procedido à análise deste diploma concluiu que não satisfazia a adequada e completa execução do Ac. *Comissão/Portugal*. Assim era porque a redação inicial do n.º 2 do artigo 7º determinava que “é concedida indemnização (...) nos termos da presente lei”, tal perpetuava a difícil prova de culpa por parte do lesado e conseqüentemente não estava alinhado com o regime constante da Diretiva 89/665/CEE.

Com vista a colocar um fim no diferendo, a RP procedeu à aprovação da Lei n.º 31/2008, que *cirurgicamente* veio alterar a parte final daquele n.º 2 do art. 7º, o qual passou a remeter a definição das condições necessárias para verificação da obrigação de indemnizar para o direito comunitário⁴³, cujos efeitos retroagiram a 30/01/2008, data de entrada em vigor da Lei n.º 67/2007.

Feita esta breve resenha, sem a qual não poderíamos compreender a matéria em análise, debruçar-nos-emos de seguida sobre o art. 7º n.º 2 do RRCEE, articulando-o com as Diretivas Recursos e com o DUE.

3. O art. 7º n.º 2 do RRCEE

Como deixamos dito a concretização da transposição das Diretivas Recursos na ordem jurídica interna operou-se através do n.º 2 do art. 7º do novo RRCEE, que reza o seguinte:

“É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário.”

⁴² (Lanceiro, 2018, p. 493)

⁴³ Leia-se DUE, por força da entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

Para a cabal compreensão desta norma de cariz marcadamente remissivo, que estabelece e exige uma articulação entre o CCP, o CPA, o CPTA e ainda o DUE, decidimos dividir a sua apreciação em dois momentos, num primeiro momento atentaremos no seguinte trecho “violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, num segundo momento a nossa atenção dirigirá-se à perscrutação dos “requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário”.

3.1. Violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100º do CPTA

Como decorre do teor do preceito, a sua aplicação está circunscrita à violação de uma norma ocorrida no âmbito de um procedimento adjudicatório quanto aos contratos elencados no art. 100º do CPTA, constantes da Secção III, do Título III, inseridos no contencioso urgente pré-contratual⁴⁴. Princípios pelo recorte do âmbito de aplicação da primeira parte da norma, para tal, primeiro serão aferidos os atos que podem desencadear responsabilidade e de seguida quais os contratos abrangidos.

3.1.1. Tipologia de atos que podem gerar responsabilidade civil extracontratual

Relativamente ao conjunto de atos que podem gerar responsabilidade, da jurisprudência do TJ decorre que estão abrangidas todas as decisões tomadas pelas EA⁴⁵⁻⁴⁶ que violem as Diretivas da contratação pública ou os princípios gerais do DUE constantes dos Tratados⁴⁷. No direito nacional devem considerar-se abrangidos todos os atos administrativos relativos à formação dos contratos pelas EA, sejam os atos de conteúdo normativo (art. 100º n.º 2 CPTA), sejam os documentos do

⁴⁴ (Cadilha C. A., 2011)

⁴⁵ Neste sentido cfr. os ac.(s) do TJ *Alcatel/Austria* de 28/10/1999, proc. C-92/00; *Hospital Ingenieure*, de 18/06/2002, proc. C-92/00 (n.º 53 e 53) e GAT de 19/06/2003, proc. C-315/01, (n.º 52). Nos quais o TJ esclarece que o conceito deve ser interpretado em sentido amplo e que a não ser assim o efeito útil das Diretivas seria posto em causa.

⁴⁶ No ac. do TJ *Stadt Hale* de 11/01/2005, proc. C-26/03, o TJ afirmou que a decisão de não abertura de um procedimento de adjudicação também está igualmente sujeita a impugnação e fiscalização jurisdicional, tendo delimitado pela negativa o conjunto de atos que estão excluídos desse escrutínio: “as actuações que constituem um mero estudo preliminar do contrato ou que são simplesmente preparatórias e se inserem no âmbito de uma reflexão interna da entidade adjudicante.”(n.º35)

⁴⁷ Cfr. ac. *Makedoniko Metro e Michaniki*, de 23/01/2003, proc. C-57/01, no qual, a propósito do conceito de atos impugnáveis das EA, o TJ esclarece que, mesmo na ausência de disposições especificamente aplicáveis nas diretivas europeias em matéria de concursos públicos, serão de aplicar os princípios gerais de DUE, especialmente o princípio da igualdade de tratamento.

procedimento, como o programa do concurso ou o caderno de encargos conforme o que se encontra disposto no art. 103º do CPTA⁴⁸.

Quanto ao momento temporal, a violação pode ocorrer na fase pré ou pós-adjudicatória e até à celebração do contrato⁴⁹.

Determinados que estão os tipos de atos cuja violação pode gerar responsabilidade e o momento temporal, importa ainda determinar quais são os procedimentos pré-contratuais abrangidos, ou seja, quais são, afinal, os procedimentos a que o n.º 2 do art. 7º do RRCEE se encontra votado.

3.1.2. Procedimentos pré-contratuais

Já deixamos dito que a norma em apreço foi desenhada para satisfazer as imposições do legislador europeu no que toca aos “*remédios*” constantes das Diretivas Recursos, nomeadamente quanto à obrigação de indemnização por parte das EA no âmbito dos procedimentos de formação dos seus contratos. É também pacífico que o âmbito de aplicação do preceito em análise está, pelo menos, circunscrito aos tipos contratuais abrangidos pelas Diretivas da contratação pública (Diretivas 2014/24/EU, 2014/23/EU e 2014/25/EU). Porém, confrontando o preceito em apreço constatamos que o seu teor literal remete laconicamente para os contratos referidos no art. 100º do CPTA, este último, por sua vez, é aplicável independentemente do valor do contrato⁵⁰. Destarte, urge questionar se o regime ínsito no n.º 2 do art. 7º é também aplicável aos contratos excluídos do âmbito de aplicação das Diretivas, seja aqueles cujos valores se situam abaixo dos limiares aí referidos, seja aos que não fazem parte do leque enunciado por aquelas.

A resposta a esta questão já foi em parte oferecida pela fértil jurisprudência produzida pelo TJ e ainda pela Comissão na sua Comunicação Interpretativa n.º 2006/C 179/02. Quanto à jurisprudência referimo-nos, a título meramente exemplificativo, aos ac.(s) *Teleaustria e Telefonadress*⁵¹, *Coname/Pandamia*⁵², *Parking Brixen*⁵³, *Comissão/Irlanda*⁵⁴ e *Tecnoed Construzioni Srl*⁵⁵. Segundo esta orientação jurisprudencial foi reconhecido que, embora certos contratos estejam excluídos do âmbito de aplicação das Diretivas da contratação pública, “as

⁴⁸ Cfr. (Lanceiro, 2018, p. 502) e (Cabral, 2017, p. 55)

⁴⁹ Neste sentido (Estorninho, 2011) e (Cadilha & Cadilha, 2013, p. 188)

⁵⁰ (Medeiros & Martins, 2013, p. 190)

⁵¹ Ac. de 7/12/200, proc. C-324/98, n.º 60 e 61.

⁵² Ac. de 21/7/2005, proc. n.º C-231/03.

⁵³ Ac. de 13/10/2005, proc. C-458/03.

⁵⁴ Ac. de 13/11/2007, proc. n.º C-507/03, nesta decisão o TJ identifica os contratos excluídos como “contratos com interesse transfronteiriço certo.” (n.º29)

⁵⁵ Ac. de 6/10/2015, proc. C-318/15.

entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação da nacionalidade em particular.”⁵⁶⁻⁵⁷ E que, o princípio da não discriminação “implica, nomeadamente uma obrigação de transparência que permite à entidade adjudicante assegurar-se que o referido princípio é respeitado.”⁵⁸

Conhecedora desta orientação jurisprudencial e a fim de amenizar as dificuldades sentidas pelos EM, a Comissão emitiu a Comunicação Interpretativa n.º 2006/C 179/02, dirigida a dois grupos de contratos públicos excluídos: **i)** aos contratos de valor inferior aos limiares para a aplicação das diretivas relativas aos contratos públicos; e **ii)** aos contratos de serviços que constam do anexo II B da Diretiva 2004/18/CE e do anexo XVII B da Diretiva 2004/17/CE e que excedam os limiares para a aplicação destas diretivas. A este grupo de contratos quando apresente uma “relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado interno”, também serão aplicáveis, pelas EA, as regras fundamentais e os princípios gerais do TFUE, em particular os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade e ainda a obrigação de transparência e imparcialidade deles decorrente⁵⁹.

A extensão destas regras e princípios fundamentais visa garantir um grau de publicidade adequado que tem por finalidade última a abertura do mercado à concorrência e o controlo da imparcialidade das decisões alcançadas no processo de adjudicação. Desta feita, a Comissão recomenda que os EM procedam a uma apreciação circunstanciada de todos os elementos respeitantes ao contrato a fim de averiguar se o mesmo apresenta “*uma relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado interno*” ou “*com interesse transfronteiriço certo*”. Para o efeito, naquele documento são fornecidos, de modo exemplificativo, os seguintes critérios a serem apurados pelos EM: “o objeto do contrato, o seu valor, as particularidades do sector em questão (dimensão e estrutura do mercado, das práticas comerciais, etc) e também a localização geográfica do lugar de execução.”⁶⁰

Deste modo, podemos concluir que é reconhecido pelo DUE a existência de um leque de contratos públicos com *interesse transfronteiriço certo* que se situam numa zona cinzenta, ou seja,

⁵⁶ Cfr. n.º 60 Ac. Teleaustria e Telefonadress.

⁵⁷ (Caranta, 2011, p. 57)

⁵⁸ Cfr. n.º 61 Ac. Teleaustria e Telefonadress.

⁵⁹ Veja-se a este propósito (Caranta, 2015) e (Arrowsmith, 2006)

⁶⁰ Cfr. §3 do ponto 1.3 da Comunicação Interpretativa n.º 2006/C 179/02.

não são abrangidos pelas Diretivas mas não deixam de estar sujeitos aos princípios fundamentais do TFUE⁶¹, cujo enquadramento circunstanciado e casuístico será aferido, em primeira mão, pelos EM e pode ser escrutinado pelo TJ⁶². Destarte, por força do princípio da interpretação da lei em conformidade com o DUE somos a concluir que este leque de contratos, não obstante não se encontrar elencado no art. 100º do CPTA ou pelas Diretivas da contratação pública, também se encontram abrangidos pelo n.º 2 do art. 7º⁶³.

3.1.3. Contratos de valor inferior aos limiares europeus e/ou sem interesse transfronteiriço certo

A conclusão a que chegamos no ponto antecedente marginaliza os contratos cujo valor seja inferior aos limiares previstos nas diretivas e/ou que não tenham interesse transfronteiriço certo. Quanto a estes importa questionar se serão aplicáveis os requisitos determinados pelo direito nacional para aferição da obrigação de indemnizar? A resposta a esta questão não deixa de ser fulcral, primeiro porque haverá um grande volume de contratos que se poderão enquadrar neste limbo, segundo porque os critérios determinados pelo legislador pátrio para aferição da responsabilidade civil extracontratual do Estado não são, de todo, mais favoráveis, especialmente no que respeita ao requisito da culpa (n.º2, art. 10º do RRCEE). Portanto, não será de todo indiferente para um lesado ver aplicável à sua petição os requisitos determinados pelo DUE ou os requisitos fixados pelo direito nacional.

Julgamos que a questão apontada pode ser suprida por recurso à interpretação da lei, cotejada com os princípios constitucionais. Interpretar a lei é atribuir-lhe um significado, é determinar o seu sentido para a final obter a sua correta aplicação a um caso concreto⁶⁴. A este propósito o art. 9º do CC representa uma matriz quanto à interpretação da lei. De acordo com este preceito a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, no entanto é o seu ponto de partida e de chegada, já que “não deve ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.”⁶⁵ Destarte, a interpretação jurídica processa-se através do elemento literal ou gramatical, conjugado com os elementos lógicos (histórico, racional e teológico), são estes *ingredientes* que permitem obter o espírito da lei⁶⁶.

⁶¹ Neste sentido veja-se (Mealha, 2008) e (Mesquita M. J., 2006)

⁶² Neste sentido (Bovis, 2012)

⁶³ (Medeiros & Martins, 2013, p. 191)

⁶⁴ Cfr. ac. do STA de 29/11/2011, proc. n.º 0701/10.

⁶⁵ Ctr. n.º 2, art. 9º CC.

⁶⁶ (Justo, 2006, p. 326)

Descendo ao n.º 2 do art. 7º, não podemos obliterar o teor literal da norma, que sem qualquer restrição determina que: “[É] concedida indemnização (...) por violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no art. 100º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário.” Igualmente não se pode obliterar o elemento histórico, ou seja, os motivos subjacentes à aprovação da Lei 67/2007 e a subsequente alteração promovida pela Lei 31/2008, nomeadamente a ação condenatória *Comissão/Portugal*. Contudo, a verdade é que o legislador apenas restringiu a norma em apreço aos contratos constantes do art. 100º do CPTA, estes não são exclusivos do DUE, nem das Diretivas aplicáveis, também gravitam no universo nacional. Além disso, o intérprete não pode fazer tábua rasa de princípios fundamentais que co-habitam no nosso ordenamento. Referimo-nos ao princípio constitucional da segurança jurídica e ao princípio da igualdade do cidadão perante a lei⁶⁷. O primeiro assenta no pressuposto de que o princípio do Estado de Direito contido no art. 2º da CRP exige “um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas”. Neste sentido, “a norma que, por sua natureza, obvie de forma intolerável, arbitrária ou demasiado opressiva àqueles mínimos de certeza e segurança (...), terá de ser entendida como não consentida pela lei básica.”⁶⁸ O segundo representa um princípio estruturante do Estado de Direito Democrático e do sistema constitucional global. Este princípio de conteúdo pluridimensional, postula várias exigências, nomeadamente, determina um tratamento igual de situações de facto iguais e um tratamento desigual de situações de facto desiguais⁶⁹. Na sua dimensão material ou substancial vincula, desde logo, o legislador ordinário. No entanto, o princípio da igualdade não pode ser entendido de forma absoluta, representando um obstáculo ao estabelecimento pelo legislador de disciplinas diferentes quando diversas forem as situações que as normas pretendam regular. Embora o princípio da igualdade, enquanto limite objetivo da discricionariedade legislativa, não impeça o legislador de proceder a distinções, “[o] que se exige é que essas medidas de diferenciação sejam materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade.”⁷⁰ Vertendo estas considerações à norma em

⁶⁷ Cfr. art. 13º da CRP.

⁶⁸ Cfr. ac. do TC n.º 556/03.

⁶⁹ (Canotilho & Moreira, 2007, p. 339)

⁷⁰ (Canotilho & Moreira, 2007, p. 340)

apreço é determinante questionar se existe fundamento material para diferenciações de tratamento jurídico onde o legislador não as materializou?

Na nossa modesta opinião entendemos que não. Interpretar a remissão operada na parte final do n.º 2 do art. 7º como apenas aplicável aos contratos a que se dirigem as Diretivas e àqueles que tenham um *interesse transfronteiriço certo*, representaria uma clara afetação de expectativas dos lesados cujos contratos, embora constantes no art. 100º do CPTA, devido ao seu valor residual não ficassem abrangidos pelas diretivas da contratação pública e por via disso vissem ser-lhes aplicáveis os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual definidos pela lei nacional. Tal discriminação para além de não resultar da letra da lei seria inadmissível por arbitrária, já que não foi ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e que no caso devam considerar-se prevalecentes⁷¹⁻⁷².

À guisa de conclusão, entendemos que a norma em apreço aplica-se a dois conjuntos de situações distintas, uma primeira que se refere aos contratos abrangidos pelas Diretivas e cujos montantes sejam superiores aos limiares definidos nas mesmas, aos quais serão aplicáveis os requisitos da responsabilidade civil constantes das Diretivas Recursos; uma segunda situação que abraça os contratos com interesse transfronteiriço certo na aceção do TJ e, ainda, aqueles que tenham um reduzido valor mas que pertençam ao leque de contratos enunciados no art. 100º do CPTA, aos quais serão aplicáveis os requisitos da responsabilidade do Estado por violação do DUE⁷³. Todavia, a certeza e a segurança jurídica sairiam beneficiadas se o n.º 2 do art. 7º abrangesse todos os tipos de procedimentos contratuais referidos no n.º 2 do art. 16º do CCP.

⁷¹ Cfr. ac. do TC n.º 287/90 de 30/11/1990, proc. n.º 309/88.

⁷² (Mesquita M.L., 2011) questiona a razão da consagração de um tratamento diferente dos contratos sujeitos às Diretivas da contratação pública e outros contratos excluídos. Por sua vez, (Oliveira R. E., 2009, p. 3) a propósito do art. 100º do CPTA e dos contratos abrangidos pelo contencioso pré-contratual escreve que “(...) embora seja claro o domínio das situações da vida a que vai nuclearmente votado, o facto de os interesses que subjazem a este meio processual saírem em larga medida sacrificados se se excluir do seu âmbito de aplicação algumas hipóteses menos típicas ou menos comuns, pode levar a que afinal se alargue o seu domínio natural de abrangência, passando assim a incidir também sobre outros casos que, à partida, se diria não corresponderem às razões originárias do contencioso pré-contratual, acabando portanto por se lhe reconhecer uma capacidade de atração de litígios que giram na sua órbita de influência.”

⁷³ Em sentido similar, cfr. (Medeiros & Martins, 2013, p. 192) onde os A.(s) referem que o n.º 2 do art. 7º compreende três situações distintas, uma primeira que se refere aos contratos enunciados e abrangidos pelas Diretivas, correspondentes aos contratos elencados no art. 100º do CPTA, e cujos limiares estejam acima dos limiares Europeus, em que é aplicável a remissão para o regime da responsabilidade civil constante das Diretivas Recursos; uma segunda situação referente à formação dos contratos públicos que tenham relevância para o mercado interno, mas cujos valores se situem abaixo dos limiares definidos pelas Diretivas ou que não se encontrem previstos nas mesmas, caso em que a remissão do n.º 2 do art. 7º refere-se às normas e princípios gerais do DUE em matéria de contratação pública (v.g. princípio da transparência, não discriminação, etc); uma terceira e última hipótese referente aos contratos típicos das

3.2. Requisitos do RRCEE definidos pelo direito europeu

Como referimos no ponto precedente a remissão constante da parte final do n.º 2 do art. 7º, impõe que se procure no DUE os requisitos de que depende a verificação da responsabilidade civil extracontratual. É reconhecido pela doutrina mais autorizada que a remissão operada não é feliz⁷⁴, primeiro pela incerteza jurídica daí decorrente, segundo porque o legislador nacional devolve ao legislador europeu uma tarefa que aquele lhe foi confiou: a de densificar as condições que têm de estar preenchidas para que uma EA possa ser responsabilizada. Dada a remissão em bloco para o DUE não se trata de aplicar apenas o regime específico constante das Diretivas Recursos, mas também, impõe que se atenda, em certos casos, ao regime geral da responsabilidade do Estado por violação do DUE tal como tem sido entendido pela jurisprudência do TJ⁷⁵. Começaremos então por perscrutar a jurisprudência firmada pelo TJ relativamente à responsabilidade dos EM por violação do DUE apontando as condições aí gizadas. Após esta delimitação, serão perscrutadas as Diretivas Recursos, analisando o tipo de indemnização e condições aí estabelecidas para a sua efetivação.

3.2.1. Responsabilidade extracontratual dos EM por violação do DUE

Como vimos, aos contratos com interesse transfronteiriço certo e àqueles que constam do art. 100º do CPTA, mas que estão excluídos das Diretivas da contratação pública em função do valor, serão aplicáveis as regras fundamentais dos Tratados cuja transgressão é suscetível de gerar responsabilidade dos EM por violação do DUE. Desta feita, torna-se necessário determinar as condições necessárias para a sua efetivação.

De origem pretoriana e com berço no tribunal do Luxemburgo nasceu o princípio da responsabilidade dos EM por violação do DUE, o qual visa garantir a plena efetividade da norma europeia⁷⁶. De facto, embora o TFUE consagre no seu art. 340º a responsabilidade extracontratual da União pelos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções, não é reconhecido, literal e expressamente, igual direito no caso de violação do direito da UE pelos EM⁷⁷. Não obstante, é precisamente a partir deste preceito que o TJ fundamenta e constrói

diretivas mas que não tenham interesse transfronteiriço certo e consequentemente não representam um interesse potencial para os operadores situados noutros EM, caso em que, aos litígios daí decorrentes não se aplica o DUE em matéria de responsabilidade civil, ficando sujeitos ao direito nacional.

⁷⁴ Neste sentido (Oliveira H. , 2010); (Eiró & Mealha, 2010); (Eiró, 2013) e (Gomes C. A., 2009)

⁷⁵ (Medeiros & Martins, 2013, p. 193)

⁷⁶ (Eiró, 2013, p. 101)

⁷⁷ Neste sentido (Oliveira H. , 2010); (Eiró, 2013) e (Mesquita M. J., 2011)

o princípio em análise e fá-lo partindo da interpretação segundo a qual o preceito citado remete para os princípios gerais de direito dos EM, em cujo ordenamento uma ação ou omissão ilegal origina a obrigação de reparar o prejuízo causado. Acresce que, num número elevado de sistemas jurídicos nacionais, o regime jurídico da responsabilidade do Estado foi determinadamente estabelecido pela via jurisdicional⁷⁸. Ou seja, o TJ obtém pela via jurisdicional o que a União não logrou pela via normativa⁷⁹. Dito isto, não podíamos deixar de trazer à colação alguns dos acórdãos⁸⁰ que representam verdadeiros marcos decisores e que contribuíram para o atual estado da arte.

Importa recordar que foi no famoso ac. *Francovich*⁸¹ que o TJ lançou as premissas do regime da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares por violação do direito europeu. Neste aresto o TJ evidenciou que este princípio é inerente ao sistema do Tratado, válido para qualquer violação e abrange qualquer órgão do Estado de onde decorra a ação ou omissão fundadora do incumprimento, representando um corolário da plena execução e eficácia das normas europeias. Trata-se, no fundo, de assegurar quer o princípio da efetividade do direito europeu na ordem interna dos EM, quer a garantia de tutela jurisdicional efetiva do DUE pelos tribunais nacionais⁸². Contudo, foi em *Bresserie du pêcheur/ Factortame*⁸³ que o TJ confirmou e robusteceu esta jurisprudência, esclarecendo que o princípio da responsabilidade da União por danos causados pelos seus agentes e instituições previsto no atual art. 340º do TFUE remete para os princípios gerais comuns aos direitos dos EM e que, por força da remissão operada, é expressão do princípio geral de direito reconhecido pelas ordens jurídicas dos EM (v. n.º 28 e 29). Neste caso, o TJ clarificou as condições traçadas em *Francovich* que devem estar cumulativamente satisfeitas para que se reconheça um direito à reparação: **i)** que a regra de direito violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares; **ii)** que a violação seja suficientemente caracterizada; **iii)** que exista nexó de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido

⁷⁸ Cfr. *Bresserie du pêcheur/ Factortame*, proc. n.º C46/93 e C-48/93 de 5/03/96.

⁷⁹ Neste sentido (Duarte, 2018, p. 78) onde a A. refere terem sido avançadas várias propostas a fim de incluir-se o dever de indemnizar por parte dos EM no texto do tratado, porém nenhuma foi acolhida.

⁸⁰ Ressalvando-se que não se tratará de uma análise exaustiva, mas meramente exemplificativa de alguns ac.(s) que, do nosso ponto de vista, merecem citação para o ponto em apreço.

⁸¹ Ac. do TJUE de 19/11/1991, proc. n.º C-6/90 e 9/90.

⁸² Como refere (Quadros, 2008, p. 509) “(...) constitui um dever dos poderes públicos do Estado assegurarem a plena eficácia da norma comunitária, bem como o seu efeito útil, na ordem interna.” Este princípio tem igual valor quer para as normas e atos com aplicabilidade direta, como para aqueles que dependem de transposição pelo EM.

⁸³ Ac. do TJ de 05/03/96, proc.n.º C46/93 e C-48/93.

pelas pessoas lesadas⁸⁴. No entanto, o ac. *Hedley Lomas*⁸⁵ foi a primeira decisão que o TJ se debruçou especificamente sobre a responsabilidade civil extracontratual de um EM por violação do DUE pela administração, afirmando que as três condições estabelecidas no ac. *Brasserie du pêcheur /Factortame* são plenamente aplicáveis. Depuremos então essas condições.

A. Que a regra de direito violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares

O primeiro pressuposto que tem de estar verificado é que a norma violada confira direitos aos particulares e que o conteúdo desse direito possa ser determinado por recurso à mesma norma⁸⁶. Segundo (Eiró, 2013, p. 111), o termo “direito” pretende operacionalizar a teoria do efeito direto, sendo o termo que se convoca para orientar a conduta dos EM quanto à transposição das diretivas, sendo ainda o conceito chave para o preenchimento desta primeira condição. A este respeito em *Francovich* o TJ determinou que “o resultado prescrito pela diretiva implique a atribuição de direitos a favor dos particulares”⁸⁷ e que essa atribuição seja “do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas”⁸⁸. Verificados estes requisitos as disposições da Diretiva podem ser invocadas, não obstante a sua falta de transposição no prazo legal ou contra qualquer disposição nacional que se mostre desconforme. Ora, o ato ou omissão tem que ser analisado casuisticamente em função do concreto procedimento de formação do contrato em que se insere e cujas regras específicas deve respeitar. Todavia, para que mereça a tutela indemnizatória não basta que a atuação viole normas e princípios jurídicos é ainda necessário que dessa ilicitude resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos⁸⁹.

B. Violação suficientemente caracterizada

O segundo pressuposto de que depende a responsabilidade do EM é que a violação da norma seja “suficientemente caracterizada”. Ou seja, importa, nesta sede, determinar se a comportamento reprovado da EA deve revestir-se de alguma característica especial a fim de ser imposta a obrigação de indemnizar.

- Inexigibilidade do juízo de culpa

A culpa é o juízo de censura através do qual se imputa o facto ao lesante (art. 483º n.º 1 do CC). É o juízo subjetivo, ou seja, a “preterição da diligência pela qual a lei exigia que o autor do facto

⁸⁴ V. n.º 51.

⁸⁵ Ac. do TJ de 23/05/1996, proc. C-5/94.

⁸⁶ (Eiró, 2013, p. 111)

⁸⁷ Cfr. ac. *Francovich* já citado, n.º 40.

⁸⁸ Cfr. ac. *Francovich* já citado, n.º 11

⁸⁹ (Mealha, 2008, p. 107)

voluntário e ilícito tivesse pautado a sua conduta”⁹⁰. Neste âmbito, o DUE repugna que a violação suficientemente caracterizada seja decalcada do conceito da culpa, pois tal colocaria em causa o direito à reparação cujo fundamento redundaria na ordem jurídica europeia.⁹¹

- Violação suficientemente caracterizada

Concatenadas as várias decisões em que o tribunal do Luxemburgo escalpelizou esta condição constatamos que os critérios utilizados têm oscilado e são modelados conforme o tipo de responsabilidade em apreço, legislativa, administrativa ou judicial⁹².

Concretizando. No caso *Köbler*, em que se discutia a responsabilidade pela função jurisdicional, o TJ entende que aquela só se verificará “no caso excepcional de o juiz ter ignorado de modo manifesto o direito aplicável”⁹³⁻⁹⁴, explicando que tal exigência decorre da especificidade da função jurisdicional e da necessidade de segurança jurídica. Em *Hedley Lomas*, no qual se discutia a responsabilidade administrativa, o TJ decidiu que o preenchimento da segunda condição deve considerar quais as condições normativas e margem de apreciação aquando da prática da infração, se estas eram reduzidas ou inexistentes então a simples infração ao DUE pode bastar para preencher a segunda condição. No entanto, o TJ admite que alguns elementos objetivos e subjetivos que podem estar associados ao conceito de culpa podem ser relevantes para aferir se a violação do DUE é ou não caracterizada, ressalvando que os prejuízos causados aos particulares não podem ficar subordinados a uma condição extraída do conceito de culpa, por tal poder perigar o direito à indemnização.

Relativamente à densificação do conceito de “violação suficientemente caracterizada”, cotejados os diversos arestos produzidos pelo TJ constatamos que são fornecidas algumas concretizações do conceito. Assim, verifica-se uma “violação suficientemente caracterizada” quando a norma ou regra violada for suficientemente clara e precisa; quando a margem de discricionariedade for reduzida; o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado e do prejuízo, a falta de

⁹⁰ (Sousa & Matos, 2008, p. 25)

⁹¹ Cfr. ac. *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit. n.º 78 e 79.

⁹² Cfr. ac. *Köbler* de 30/09/2003, proc. C-224/01; e *Traghetti* de 13/06/2006, proc. C-173/03.

⁹³ Cfr. ac. *Köbler*, cit. n.º 53.

⁹⁴ No ac. *Traghetti* o TJ esclarece que: “Para determinar se esta condição se encontra preenchida, o juiz nacional a quem caiba conhecer de um pedido de indemnização deve, a este respeito, ter em consideração todos os elementos que caracterizam a situação que lhe é submetida, designadamente, o grau de clareza e de precisão da regra violada, o carácter intencional da violação, o carácter desculpável ou não do erro de direito, a atitude eventualmente adoptada por uma instituição comunitária, bem como o não cumprimento, pelo órgão jurisdicional em causa, da sua obrigação de reenvio prejudicial por força do artigo 234.º, terceiro parágrafo, CE.”(n.º32).

transposição de uma Diretiva quando o prazo para o efeito já tenha terminado; ou quando após uma decisão de incumprimento proferida pelo TJ o EM perpetua a conduta condenada. Porém, quanto à responsabilidade das EA, face ao entendimento propugnado em *Hedley Lomas* somos a concluir que, o pressuposto em análise é apreciado de forma aligeirada, em que o preenchimento do segundo requisito se basta com a violação do DUE ou nacional, independente de culpa ou dolo por parte daquelas, aproximando-se do regime da responsabilidade objetiva.⁹⁵

C. Nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido

Aqui chegados, importa determinar como se processa a reparação dos danos compreendidos na obrigação de indemnização, sendo doutrina assente que nessa obrigação não cabem todos os danos sobrevindos ao facto constitutivo da responsabilidade.⁹⁶ Desta feita, entre o facto e o dano exige-se um nexos causal que não se reduz à simples coincidência ou sucessão cronológica.⁹⁷ A este respeito o TJ determinou que deve existir um nexos de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao EM e o prejuízo sofrido pelo lesado, porém a sua concretização é remetida para os órgãos jurisdicionais de acordo com a legislação nacional aplicável⁹⁸. Dito isto, caberá procurar na nossa legislação nacional a densificação desta última condição. As regras da causalidade encontram-se vertidas no art. 563º do CC, não existindo no direito administrativo norma equivalente.

A norma citada reza o seguinte: “[A] obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”

É relativamente pacífico que dentre as várias teorias normativas da causalidade⁹⁹, o preceito citado consagra a teoria da causalidade adequada, devendo adotar-se a sua formulação negativa correspondente aos ensinamentos de Ennecerus-Lehmann¹⁰⁰. De acordo com esta teoria, a condição

⁹⁵ Em sentido divergente (Eiró, 2013, p. 516) que defende que “(...) o TJ rejeita expressamente esta condição adicional da obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes.”

⁹⁶ (Varela, 2010, p. 879)

⁹⁷ (Varela, 2010, p. 879)

⁹⁸ Cfr. (Shebesta, 2016, p. 47) onde a A. refere que algumas das decisões prejudiciais apreciadas pelo TJ acerca das condições da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares em consequência da violação do direito comunitário, quando apreciados pelos respetivos tribunais nacionais improcederam precisamente com base na falta de causalidade.

⁹⁹ Referimo-nos à teoria da *conditio sine qua non*; à teoria do escopo da norma violada e à teoria das esferas do risco, porém no presente não nos é possível discorrer sobre as mesmas. Para melhor compreensão do problema veja-se, por exemplo, (Varela, 2010), (Costa, 2000) e (Barbosa, 2018)

¹⁰⁰ (Varela, 2010, p. 900)

deixará de ser causa do dano sempre que seja de todo indiferente para a produção do mesmo e só se tenha tornado condição dele em virtude de circunstâncias excepcionais. Por outras palavras, para que haja responsabilidade civil é necessário que o dano possa ser objetivamente imputado ao facto voluntário, portanto tem de se verificar o nexo de causalidade entre o facto e o dano. Um dano é imputado a um facto voluntário quando, perante a prática desse, fosse previsível, em condições de normalidade social, a produção do dano.¹⁰¹ A avaliação da previsibilidade é efetuada mediante um juízo virtual de prognose realizado após a ocorrência do facto voluntário e do resultado.

Na responsabilidade pré-contratual ter-se-á que proceder a um juízo de prognose póstuma determinando-se qual a probabilidade de os danos não terem ocorrido se não tivesse sido praticado o ato ilícito. A propósito da legislação nacional aplicável o TJ no caso *Rechberger*¹⁰² esclareceu que estando provada a existência de nexo de causalidade direto a responsabilidade do Estado não pode ser afastada pela ocorrência de acontecimentos excepcionais ou imprevisíveis.

Escalpelizadas as condições que devem estar reunidas para que se verifique responsabilidade civil extracontratual dos EM por violação do DUE, abordaremos, de seguida, o tipo de indemnização prevista nas Diretivas Recursos.

3.2.2. As Diretivas Recursos – indemnização e condições

Na análise efetuada no capítulo precedente concluímos que as Diretivas Recursos pretenderam implementar um conjunto de “remédios” vocacionados exclusivamente para os contratos públicos abrangidos pelas Diretivas da contratação pública, cujo objetivo último é “garantir a aplicação efectiva do bloco legal comunitário de contratação pública.”¹⁰³ Entre o leque de remédios aí previstos encontra-se a concessão de indemnização, a qual, embora seja “um processo principal e autónomo”, também representa um mecanismo de “garantia a jusante dos outros recursos, previstos nas diretivas”¹⁰⁴.

Relativamente à obrigação de indemnizar, a Diretiva 89/665, no seu art. 2º n.º 1, al. c), apenas dispõe que em caso de violação das regras de adjudicação de contratos públicos, os EM devem prever a possibilidade de ser concedida indemnização. No entanto, esta norma não concretiza quais

¹⁰¹ (Varela, 2010, p. 900)

¹⁰² Cfr. ac. *Rechberger* de 15/06/1999, Proc. n.º C-140/97, cit. n.º 77.

¹⁰³ (Eiró, 2013, p. 486)

¹⁰⁴ (Mealha, 2008, p. 106)

as condições que devem estar verificadas para que a EA possa ser responsabilizada, nem contém qualquer indicação quanto à determinação do montante da indemnização¹⁰⁵.

Por sua vez, a Diretiva 92/13, no art. 2º n.º 7, contém indicações mais precisas, dispondo que:

“Quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação.”

Note-se que, apesar da importante revisão operada pela Diretiva 2007/66/CEE, do Parlamento e do Conselho de 11/12/2007¹⁰⁶, estas disposições não foram alteradas¹⁰⁷.

Analisada a letra da lei parece-nos que esta indemnização se vocaciona ao dano objetivo, materializado nos “custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato”. Destarte, a disposição citada limita-se a estabelecer um limiar mínimo de ressarcibilidade, mas sem subtrair aos EM a liberdade de definir quais os critérios para que seja concedida indemnização por outro tipo de danos¹⁰⁸, desta forma se respeitando o princípio da autonomia processual daqueles. A este respeito Vera Eiró, na sua dissertação de Doutoramento, defende que os danos prescritos no n.º 7, art. 2º da Diretiva 92/13, correspondem aos “danos de mercado”¹⁰⁹ cujo fundamento reside na necessidade de “tutela do

¹⁰⁵ Em *Combinatie Spijker Infrabouw*, o TJ reconheceu que a Diretiva 89/665 não enumera os pressupostos de que depende a verificação de responsabilidade por parte da entidade adjudicante, nem esclarece a forma de determinação do montante de indemnização que pode ser condenada a pagar, n.º 86.

¹⁰⁶ Transposta para o direito nacional pelo D.L. n.º 131/2010, de 14/12.

¹⁰⁷ A este propósito e referindo-se à alteração promovida pela revisão de 2007 das Diretivas Recursos e a omissão do legislador quanto às condições da indemnização veja-se (Shebesta, 2016). Onde a A. escreve que a omissão do legislador pode ser interpretada como uma opção política dos EM. (tradução da responsabilidade da signatária) [“The omission can be interpreted as a perceived lack of political will on behalf of the Member States, competence or need.”]

¹⁰⁸ Em *Brasserie du Pêcheur e Factortame* o TJ é esclarecedor quanto à questão dos danos afirmando no para. 88 que o direito da união não fornece critérios específicos quantos aos diferentes tipos de danos, os quais devem ser determinados em conformidade com o direito nacional, ressalvando que os critérios nacionais fixados não podem tornar, na prática, impossível ou excessivamente difícil a sua reparação.

¹⁰⁹ Para (Eiró, 2013, pp. 451-452) “(...) a obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes é um conceito autónomo de direito da União Europeia, compreendido em função de um *sistema de remédios de contratação pública*.” (itálico da A.). cujo objetivo é garantir a aplicação efetiva das diretivas da contratação pública. Quanto ao fundamento desta obrigação, a A. defende que visa incentivar os concorrentes lesados por uma violação procedimental a reagir perante os órgãos de recurso nacionais. Já quanto à finalidade, a obrigação de indemnizar pretende tutelar o interesse público decorrente da construção do mercado interno.

mercado interno”¹¹⁰ prosseguida pelas Diretivas Recursos¹¹¹. Desta feita, a indemnização tutelada pelas Diretivas Recursos tem “uma finalidade garantística, ou ampliativa, do âmbito da responsabilidade das entidades adjudicantes e não uma finalidade restritiva.”¹¹²

Face à concretização oferecida por este preceito parte da doutrina tende a considerar que os pressupostos aí definidos são aplicáveis *tout court* aos contratos abrangidos pela Diretiva 89/665¹¹³. Em abono desse entendimento é dito que a “tutela acrescida [oferecida pela Diretiva 92/13] não encontra justificação na natureza jurídica da entidade adjudicante nem no sector em que opera.”¹¹⁴, o que torna injustificável a aplicação de diferentes regimes entre os setores abrangidos por cada uma das Diretivas¹¹⁵.

Isto posto, face ao objetivo prosseguido pelas Diretivas Recursos, *v.g. enforcement* das Diretivas da Contratação Pública, de facto não se compreende qual a intenção do legislador na diferenciação textual, mas acreditamos que, certamente, não terá sido a de criar maior tutela nos setores especiais¹¹⁶⁻¹¹⁷.

A atribuição desta indemnização que, no fundo, corresponde ao interesse contratual negativo, depende da verificação de duas condições: *primo* prova da violação do bloco legal de DUE ou das normas nacionais que o transpõe; *secundo* que o concorrente teria tido uma possibilidade real de o contrato lhe ser adjudicado, a qual foi prejudicada por essa violação.

¹¹⁰ (Eiró, 2013, p. 451)

¹¹¹ Neste sentido ver ainda (Gomes, P.C., 2012, p. 161), embora o A. não recuse “uma possível identidade de nexos causal entre o dano da perda de lucro e os danos com os custos de apresentação da proposta e participação no procedimento.”

¹¹² (Ferreira, 2018, p. 83)

¹¹³ Cfr. (Mealha, 2008) e (Eiró, 2013, pp. 404-408)

¹¹⁴ (Eiró, 2013, p. 407)

¹¹⁵ Porém, a contribuição da jurisprudência do TJ não é clara. Veja-se que, no ac. *Combinatie Spijker* o TJ teve oportunidade de esclarecer se as condições estabelecidas na Diretiva 92/13 eram extensíveis à Diretiva 89/665 e não se pronunciou. Neste aresto o TJ escreveu que a disposição constante do art. 2º n.º 1 al. c), é uma concretização do princípio da responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares por violação do DUE. Uma vez que a jurisprudência europeia não determinou, relativamente aos recursos em matéria de adjudicação de contratos públicos, critérios mais detalhados, deve atentar-se nos requisitos definidos, nomeadamente, nos casos *Francovich*, *Brasserie du Pêcheur/ Factortame* e *Hedley Lomas*. Julgamos, de acordo com alguma doutrina, que a omissão de tomada de posição por parte do TJ deveu-se mais ao princípio do respeito da autonomia processual dos EM.

¹¹⁶ Neste sentido (Caranta, 2011), (Eiró, 2013) e (Mealha, 2008, p. 111).

¹¹⁷ A respeito da extensão da aplicação das condições estabelecidas na Diretiva 92/13 à Diretiva 89/665 veja-se as conclusões do Advogado-Geral em *Combinatie Spijker* (n.º 96), onde escreve que “(...) considero que nem a segurança jurídica nem o equilíbrio institucional seriam alterados por se incluir na Directiva 89/665, para efeitos hermenêuticos, os aspectos que abrange em matéria de causalidade e de prova relativamente ao dano objectivo, ou seja, os custos incorridos para participação no concurso (...)”

A. Violação do bloco legal de DUE ou das normas nacionais que o transpõe

A primeira condição para verificação desta indemnização decorre da violação das regras constantes nas diretivas da contratação pública, das regras ou princípios previstos nos Tratados ou resultantes da abundante jurisprudência do TJ, ou ainda da violação das normas nacionais que o transpõe.

A respeito deste primeiro requisito é ainda discutido se o seu preenchimento se basta com a simples violação de uma norma, independentemente de esta conferir, ou não, direitos aos particulares ou se, pelo contrário, terá de se tratar da violação de uma norma que confira direitos aos particulares no sentido estabelecido na doutrina *Francovich*¹¹⁸.

A este propósito Steen Treumer sugere uma aproximação, por analogia, entre a lei da contratação pública e a lei da discriminação de género, em que esta última se basta com a mera violação do bloco legal para ser sancionada¹¹⁹. De facto, a letra do preceito aponta no sentido de o preenchimento desta condição se bastar com a mera violação de uma norma, mas “ainda que se considere que a mera ilegalidade não basta para acionar esta obrigação de indemnizar, deve entender-se que as especiais características do bloco legal comunitários de contratação pública preenchem, de forma adequada, este primeiro pressuposto.”¹²⁰

Vertendo estas considerações no regime constante do RRCEE, nomeadamente no que se encontra disposto no seu art. 9º, resulta que o mesmo será inaplicável às situações compreendidas no tipo de indemnização em apreço, na medida em que aquele preceito determina que a violação da norma deverá traduzir-se na ofensa de direitos e interesses legalmente protegidos¹²¹⁻¹²².

B. Inexigência de juízo de culpa

No que respeita ao juízo de culpa, o TJ nos ac.(s) *Strabag*¹²³ e *Stadt Graz*¹²⁴, debruçando-se sobre a interpretação da redação dos art.s 1º, n.º 1 e 2º, n.º 1, 5 e 6 e do considerando sexto da Diretiva 89/665, clarificou que tais preceitos não determinam que a violação da legislação relativa aos contratos públicos deva revestir características especiais, como a culpa provada ou presumida

¹¹⁸ (Eiró, 2013, p. 484)

¹¹⁹ (Treumer, 2011, p. 156)

¹²⁰ (Eiró, 2013, p. 484)

¹²¹ Neste sentido veja-se (Eiró, 2013, pp. 501-502) e a jurisprudência aí citada na nota de rodapé n.º 1267.

¹²² Em sentido contrário (Mealha, 2008, p. 107) para quem “(...) não basta caracterizar a actuação como violadora de normas ou princípios jurídicos. Exige-se também a *ilicitude* desse facto, ou seja, que dessa actuação anti-jurídica resulte a *ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos* (...)” (itálico da A.).

¹²³ Ac. *Strabag* de 30/09/2010, proc. C-134/09, cit. n.º35.

¹²⁴ Ac. do TJ de 30/09/2010, proc. C-314/09.

da EA, ou a de não estar abrangida por nenhuma causa de isenção da responsabilidade. Nestes arestos o TJ recorda e robustece a jurisprudência resultante do ac. *Comissão/ Portugal*, ou seja, que a Diretiva 89/665 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que faz depender o direito de indemnização ao carácter culposo dessa violação, mesmo que a legislação interna assente na presunção de culpa.

C. Possibilidade real

Resulta do n.º 7, do art. 2º da Diretiva 92/13/CEE que, para que seja atribuída indemnização dos “danos de mercado”, o concorrente lesado tem de provar que teria tido uma “possibilidade real” de aquele contrato lhe ser atribuído. Como reconhece a doutrina autorizada¹²⁵, as condições que vão determinar a atribuição desta indemnização afastam-se da teoria da causalidade adequada e de dano indemnizável. Antes se tratando de “uma *pretensão indemnizatória* autónoma, cuja aplicação depende da verificação de pressupostos que não se confundem com os pressupostos da responsabilidade civil.”¹²⁶

A possibilidade real terá de demonstrar um grau de probabilidade por recurso a um juízo de prognose póstuma aferido casuisticamente em função “do teor do ato em causa, do momento do procedimento em que foi praticado, dos fundamentos da sua invalidade e do tipo de danos invocados.”¹²⁷ Recorrendo às palavras expressivas de Esperança Mealha “[A] possibilidade real será menos do que a demonstração de que o lesado seria o efectivo selecionado no final do procedimento adjudicatório, mas é mais do que a possibilidade meramente hipotética de ganhar”¹²⁸. A este propósito no ac. do TCAN¹²⁹ sumariou-se que em matéria de responsabilidade civil pré-contratual o nexo de causalidade deve ser apurado por referência ao que se encontra disposto no n.º 7, art. 2º da Diretiva 92/13/CEE, ficando subordinado à demonstração e prova da “possibilidade real” do contrato ser adjudicado ao contraente preterido, defendendo-se que o comando ínsito naquela diretiva deve considerar-se aplicável a todos os procedimentos da contratação pública. Neste aresto o TCAN esclarece que na terminologia legal trata-se de uma possibilidade e não de uma efetiva atribuição real do contrato ao lesado, devendo tratar-se de uma possibilidade real e não hipotética, o que sucederia, por exemplo, na situação hipotética em que embora a proposta do

¹²⁵ Como salienta (Gomes, P.C., 2012, p. 160), neste tipo de indemnização, “(...) o busílis para estabelecer um nexo de causalidade é o conceito de possibilidade real.”

¹²⁶ (Eiró, 2013, p. 537)

¹²⁷ (Mealha, 2008, p. 112)

¹²⁸ (Mealha, 2008, p. 112)

¹²⁹ Ac. de 04/11/2011, proc. 213/06.1BELLE.

lesado tenha sido admitida foi graduada numa posição que torna praticamente improvável a sua vitória no concurso.

Em jeito de conclusão, podemos avançar que o âmbito da indemnização constante das Diretivas Recursos, pode ser vista como uma “*teoria de dois passos*”¹³⁰, em que primeiro visa reembolsar os chamados “danos de mercado”, os demais danos, correspondentes ao dano emergente ou lucro cessante¹³¹, serão apurados num segundo passo por recurso às condições fixadas no regime da responsabilidade civil extracontratual dos EM por violação do DUE acima indicados. Não se olvidando que, como é apontado pela doutrina autorizada, quando sejam indemnizados os danos correspondentes ao dano emergente ou ao lucro cessante, já não são indemnizáveis os custos com a participação no procedimento, por corresponderem a despesas que o lesado sempre teria de ter suportado¹³².

Sem dúvida que, melhor teria andado o legislador pátrio se tivesse optado, à semelhança do legislador alemão, por criar uma norma específica para este tipo de indemnização alargando o seu âmbito de aplicação a todos os sectores da contratação pública¹³³.

4. Dano

Para que haja obrigação de indemnizar não basta que estejam verificados os requisitos atrás apontados, é ainda necessário que se tenha verificado um dano ou prejuízo que mereça tutela jurídica. O escopo desta obrigação é tornar indemne, ou seja, sem dano o lesado, colocando-o na situação em que estaria na ausência do facto danoso.¹³⁴

No que respeita à determinação e extensão dos danos indemnizáveis ou do prejuízo, o DUE não oferece critérios específicos para a sua determinação. A este respeito, recorde-se que no ac. *Rewe* o TJ afirma que “*compete à ordem jurídica interna de cada Estado-membro fixar os critérios com base nos quais o prejuízo resultante de uma violação do direito da União em matéria de adjudicação de contratos públicos deve ser determinado e avaliado*”¹³⁵.

Deste modo, o TJ ancorando-se no princípio da autonomia processual dos EM tem mantido o entendimento constante de que cabe a cada EM proceder à materialização dos critérios e tipos de

¹³⁰ (Eiró, 2013, p. 544)

¹³¹ Neste sentido (Eiró, 2013, pp. 537-538)

¹³² (Cadilha C. F., 2017, p. 94)

¹³³ Veja-se (Ferreira, 2017, p. 79); (Burgi, 2011, pp. 143-147) e (Pinto P. M., 2010, pp. 279-283)

¹³⁴ (Pinto C. A., 2005, p. 128)

¹³⁵ Ac. do TJ de 16/12/1976, proc. 33/76.

danos indenizáveis. Mais dando nota que esses critérios não podem ser menos favoráveis que os estabelecidos para pretensões semelhantes baseadas no direito interno e não podem ser determinados de modo a impossibilitar ou tornar excessivamente difícil a reparação¹³⁶, ou seja, devem ser respeitados os princípios da equivalência e da efetividade¹³⁷. O TJ também já se pronunciou no sentido de que o afastamento total, a título do prejuízo reparável, do lucro cessante não pode ser aceite, por se mostrar suscetível de tornar impossível ou muito difícil a reparação do prejuízo^{138_139}.

No âmbito do RRCEE o art. 3º é a norma que nos fornece as condições gerais para a determinação da responsabilidade, bem como para a determinação das suas consequências e fixação do objeto da prestação indemnizatória ou compensatória¹⁴⁰. Da leitura do preceito constamos que a lei privilegia que a reconstituição da situação, em que o lesado estaria sem a infração, seja operada mediante a reconstituição natural (art. 3º n.º 1 do RRCEE).

Como assinala Nuno Trigo Reis, no art. 3º “podemos retirar três significados fundamentais: a afirmação do princípio do ressarcimento integral dos danos; o apuramento do dano segundo um juízo comparativo entre uma situação real, fáctica, e uma outra situação, hipotética ou idealizada (a consagração da teoria da diferença); a prioridade da reconstituição natural como forma de remoção do dano.”¹⁴¹ Por sua vez, o n.º 3 determina que a responsabilidade em causa “(...) compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito.” A este respeito é reconhecido que a referência aos termos gerais de direito “parece remeter-nos para os artigos do Código Civil que definem um conjunto de regras de aplicação geral a toda a responsabilidade civil, por ser aí que o instituto está mais e há mais tempo regulado.”¹⁴²

4.1. Categorias de danos

As categorias de danos ressarcíveis podem abranger situações de danos reais e danos patrimoniais, danos presentes e danos futuros, bem como danos não patrimoniais.

¹³⁶ Cfr. *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit. n.º 83.

¹³⁷ Cfr. *Combinatie Spijker Infrabouw*, cit. n.º 92.

¹³⁸ Cfr. *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit. n.º 87.

¹³⁹ Como refere (Shebesta, 2016, p. 27) a temática dos danos mostra-se uma área difícil de legislar onde existe muita tensão entre os EM, em que a omissão constatada nas Diretivas-Recursos são uma opção legislativa.

¹⁴⁰ (Reis, 2018, p. 312)

¹⁴¹ (Reis, 2018, p. 312)

¹⁴² (Calvão, 2013, p. 92)

Os danos reais correspondem à “perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”¹⁴³.

Já os danos patrimoniais consistem nos prejuízos que são suscetíveis de avaliação pecuniária e podem ser reparados ou indemnizados, quer por via da reparação específica, quer por via de indemnização por equivalente. Estes são o “reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado”¹⁴⁴ determinado de acordo com a teoria da diferença refletida no art. 566º n.º 2 do CC. O dano patrimonial compreende o dano emergente e o lucro cessante ou lucro frustrado, na medida em que o art. 564º n.º 1 do CC, diz que deve atender-se “não só ao prejuízo causado, como aos benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.” Desta feita, o dano emergente corresponde à privação de vantagens que já existiam na esfera jurídica do lesado à data da lesão e os lucros cessantes correspondem aos benefícios que o lesado deixou de obter em virtude do facto ilícito, mas que à data da lesão ainda não tinha direito (art. 564º, n.º 1 do CC)¹⁴⁵.

Os danos presentes são aqueles que já ocorreram no momento da determinação da indemnização, por contraposição a estes existem os danos futuros que ainda não ocorreram no momento de fixação da indemnização (art. 564º n.º 2 CC).

Por último, os danos não patrimoniais (ou danos morais) são os prejuízos que não são suscetíveis de avaliação pecuniária e não são separáveis da própria pessoa e das suas concepções de valor¹⁴⁶.

Uma vez que o n.º 2, do art. 3º do RRCEE, prioriza a reparação do dano através da reconstituição natural, esta só será afastada perante a verificação de impossibilidade de cumprimento, o que determinará a modificação do seu objeto, ou seja, a prestação será substituída ou complementada pela indemnização pecuniária. No caso de a compensação ser prestada por um equivalente pecuniário terá que se recorrer ao regime ínsito no art. 496º do CC, de onde decorre que “(n)a fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.” Desta feita, a determinação do montante da indemnização será equitativamente fixado pelo tribunal, nos termos dos artigos 496º n.º 3 e 494º do CC, atendendo ao

¹⁴³ (Varela, 2010, p. 598)

¹⁴⁴ (Varela, 2010, p. 598)

¹⁴⁵ (Varela, 2010, pp. 598-599)

¹⁴⁶ (Reis, 2018, p. 354)

grau de culpabilidade do agente, à sua situação económica e do lesado, bem como demais circunstâncias do caso¹⁴⁷.

Identificadas que estão as classes de danos indemnizáveis, no próximo ponto propomo-nos abordar o tipo de indemnização a arbitrar pela prática de ilegalidades pré-contratuais.

4.2. O regime da culpa *in contrahendo* e a indemnização nos termos gerais

Para uma parte da doutrina¹⁴⁸ e da jurisprudência¹⁴⁹ a responsabilidade resultante de ilegalidades cometidas no procedimento adjudicatório deve ser aproximada ao instituto da *culpa in contrahendo* constante do art. 227º do CC. Tal enquadramento é justificado pelo facto desses atos ilegais serem praticados na fase de formação do contrato, respeitante às negociações preliminares, e como tal correspondentes ao regime regulado pelo art. 227º do CC. Dado esse enquadramento normativo, na maioria dos casos, a pretensão indemnizatória do lesado fica reduzida à exiguidade dos danos associados ao interesse contratual negativo¹⁵⁰, correspondentes às despesas e encargos suportados com a apresentação da proposta e participação no procedimento. Só excecionalmente se admitindo a indemnização pelos danos associados ao interesse contratual positivo ou dano de confiança¹⁵¹.

Todavia, esta tendência tem vindo a esvanecer-se, verificando-se uma evolução doutrinária e jurisprudencial¹⁵² no sentido de considerar que o problema da medida do dano deve ser apurado por recurso às regras gerais da responsabilidade civil presentes no art. 562º do CC, entendimento que se mostra consentâneo com o art. 3º n.º 3º do RRCEE¹⁵³.

De facto, as especiais características que gravitam no âmbito do procedimento de adjudicação dos contratos públicos, as obrigações e deveres a que as partes se encontram vinculadas, como seja a existência do dever de contratar (art. 76º do CCP) e a obrigação de manutenção das propostas por

¹⁴⁷ (Ferreira, 2018, p. 30)

¹⁴⁸ Ver, por exemplo, (Cadilha C. F., 2017, p. 91) e (Ferreira, 2017)

¹⁴⁹ Cfr. ac.(s) do STA de 14/01/2016, proc. n.º 01403/12; de 07/03/2006, proc. n.º 0965/03 e de 31/10/2006, proc. n.º 0875/05.

¹⁵⁰ A indemnização pelo interesse contratual negativo (ou dano de confiança) visa repor o lesado na situação em que estaria se não houvesse celebrado o contrato, ou mesmo iniciado as negociações com vista à respetiva conclusão. Por sua vez, a indemnização pelo interesse contratual positivo (ou dano de cumprimento) destina-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse cumprido. Neste sentido (Costa, 2000, p. 598)

¹⁵¹ Cfr. (Pinto P. M., 2010, pp. 284-287) onde o A. admite a indemnização pelo interesse contratual negativo ou positivo, cuja medida deverá ser aferida a partir da “exacta identificação da violação de deveres pré-contratuais de que se queixa o demandante.”

¹⁵² Vide, por exemplo, ac. do TCAS de 24-11-2016, proc. n.º 13745/16; e ac. do TCAN de 04-11-2011, proc. n.º 00213/06.1BELLE.

¹⁵³ Neste sentido (Mealha, 2008, p. 114); (Eiró, 2013, pp. 617-622); (Sánchez, 2015) e (Pinto P. M., 2010, pp. 279-283) onde este último refere que “[N]a doutrina [Alemã] já se autonomizou o regime de indemnização no caso de concursos públicos do da *culpa in contrahendo*.”(itálico do A.)

parte dos concorrentes (art. 68º CCP), não têm correspondência no direito privado, pelo que não lhe poderá ser extensível tal regime. Aliás, a propósito do direito privado, refere Galvão Telles¹⁵⁴, que as negociações, pela sua própria natureza, não são vinculativas e qualquer dos interessados tem, em princípio, o direito de as romper. Na esfera jurídica da Administração não se constata a existência de faculdade semelhante inexistindo poder discricionário na emissão do ato de adjudicação. Como refere Pedro Sánchez, “a conclusão do procedimento com um ato de adjudicação é uma obrigação com força normativa real, e não uma mera declaração de princípios (...), a prática desse acto administrativo constitui um dever jurídico.”¹⁵⁵ Defendemos, outrossim, que a indemnização a arbitrar deve ser apurada por recurso ao art. 3º do RRCEE, conjugado com o que se encontra disposto nos art. 562º e ssg. do CC.

Desta feita, resulta que não é relevante a distinção entre interesse contratual negativo e positivo, devendo atender-se sim aos factos em discussão e à prova carreada para os autos, sendo esta que irá determinar o *quantum* indemnizatório que, nalgumas situações poderá corresponder ao interesse contratual negativo, mas noutras poderá corresponder ao interesse contratual positivo e até à perda de chance.

4.3. Perda de chance

A perda de chance¹⁵⁶ é uma figura de construção pretoriana, sem respaldo legal, que teve origem e desenvolvimento noutros ordenamentos jurídicos¹⁵⁷ tendo vindo a penetrar de forma progressiva, mas não controversa, o nosso ordenamento nacional.

Historicamente, a perda de chance ou perda de oportunidade¹⁵⁸, começou por surgir no âmbito da responsabilidade civil obrigacional, decorrente da dificuldade de verificação do nexo de causalidade entre um determinado ato que demonstra ser fundamento da responsabilidade do seu autor e a conseqüente frustração da concretização de um determinado resultado futuro em prejuízo do lesado¹⁵⁹. Uma vez que o resultado está investido de uma álea, não se consegue afirmar que, sem aquele ato, esse resultado se teria efetivamente produzido. Não se conseguindo demonstrar

¹⁵⁴ (Telles, 2010)

¹⁵⁵ (Sánchez, 2021, pp. 369-370)

¹⁵⁶ A figura será abordada de forma sucinta, para maiores considerações, veja-se, por exemplo, (Ferreira, 2018); (Ferreira, 2011); (Eiró, 2013); (Gomes J. V., 2005); (Gomes J. V., 2012) e (Alcoz, 2009).

¹⁵⁷ Designadamente em França com a prolação do ac. da Cour de Cassation de 17/07/1889, tendo penetrado noutros ordenamentos nacionais como Estado Unidos, Canadá, Austrália, Bélgica, Holanda, Itália, entre outros. (Alcoz, 2009)

¹⁵⁸ Como refere (Eiró, 2012, p. 50) a designação portuguesa lexicalmente mais correta é perda de oportunidade.

¹⁵⁹ (Pedro, 2018, p. 189)

que o ato é consequência necessária da produção do dano - perda do resultado final- e, dada a exigência de verificação do nexo de causalidade, a reparação do dano é afastada¹⁶⁰. A virtude da teoria da perda de chance é permitir ultrapassar a lógica do *tudo ou nada* que está agregado à responsabilidade civil permitindo a atribuição de uma indemnização naquelas hipóteses em que não se consegue provar que o comportamento do lesante foi a causa adequada do dano final¹⁶¹.

No entanto, o modo como esta doutrina é acolhida e aplicada nos diversos ordenamentos jurídicos é divergente, podendo identificar-se três entendimentos diferentes acerca da perda de chance: há quem entenda tratar-se de um dano em si mesmo¹⁶²; outros que defendem que a perda de chance atenua a causalidade¹⁶³ não podendo ser vista como dano autónomo; e outros, ainda, que a enquadram como responsabilidade proporcional¹⁶⁴.

Não obstante ser no plano privatístico que as suas raízes estão mais consolidadas¹⁶⁵, a sua prestabilidade e potencialidades estendem-se ao direito público, sobretudo no contexto da contratação pública, “(...) onde a atribuição de iguais oportunidades a todos os operadores económicos interessados em contratar com a Administração aumenta a incerteza, consoante as circunstâncias e o estado mais ou menos avançado em que se encontra o procedimento, sobre o qual forte seria a expectativa de cada autor de uma proposta.”¹⁶⁶

No campo da responsabilidade pré-contratual, que é o tema que nos ocupa, há ainda quem entenda que a perda de chance foi consagrada pelo legislador no n.º 2, art. 7º do RRCEE, por via da remissão operada para as Diretivas Recursos, em especial para o art. 2º, n.º 7 al. c), da Diretiva 92/13/CEE¹⁶⁷, por decorrência de nessa norma se exigir, para que seja atribuída indemnização, que

¹⁶⁰ (Pedro, 2018, p. 190)

¹⁶¹ (Eiró, 2012, p. 51)

¹⁶² Neste sentido ver (Cadilha C. F., 2017, p. 98) e (Pedro, 2018). Ver ainda (Costa P. C., pp. 159-160) onde a A. procede a uma breve abordagem do juízo de causalidade, concluindo que em sistemas como o nosso, que não prescindem do juízo de condicionalidade como pressuposto mínimo da causalidade e face à falta de prova de causalidade entre o facto e o dano final, de forma a que não seja totalmente negada indemnização ao lesado, a solução passará por autonomizar o dano da perda de chance como dano autónomo.

¹⁶³ Ver (Ferreira, 2017, pp. 76-77) onde o A. defende a fungibilidade entre a conceção da perda de chance como dano autónomo, ou como expressão de um entendimento mais flexível a respeito do nexo de causalidade. Escrevendo que “(...) a aplicação da teoria da perda de chance, na indemnização por danos patrimoniais, só é dogmaticamente explicável através da rutura com um entendimento monolítico da relação de causalidade exigível para fundar o dever de indemnizar, admissível quando existam dados normativos que justifiquem um *abaixamento* da respetiva *fasquia*, normalmente estabelecida a partir do patamar mínimo da *conditio sine qua non*.” (itálico do A.)

¹⁶⁴ (Shebesta, 2016, p. 219) que refere que assim é, na maioria dos casos, decididos em França.

¹⁶⁵ Cfr. o ac. uniformizador de jurisprudência do STJ n.º 2/2022, publicado no Diário da República n.º 18/2022, série I de 2022/1/26, pp. 20-42.

¹⁶⁶ (Sánchez, 2015, p. 863)

¹⁶⁷ (Alcoz, 2009, p. 33), (Pinto, 2010, p. 293), e o Ac. do TCAN de 4/11/2011, proc. 00213/06.1BELLE.

o lesado demonstre que “teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação.”

Não podemos concordar com tal entendimento, primeiro porque, como já dissemos, o n.º 2 do art. 7º ao remeter para o DUE, não está a referir-se apenas às Diretivas Recursos, mas também, em certas situações, ao regime da responsabilidade extracontratual dos EM por violação do DUE.

Segundo, porque defendemos que as condições estabelecidas na al. c), n.º 7, do art. 2º da Diretiva 92/13/CEE, apenas são aplicáveis para aferição dos danos de mercado, sendo os demais danos apurados por recurso às condições estabelecidas no regime da responsabilidade extracontratual dos EM por violação do DUE, segundo o qual o nexo de causalidade deve ser apurado de acordo com a lei nacional de cada EM.

No quadro da jurisprudência nacional¹⁶⁸, em especial na área da contratação pública, verificámos que a figura tem obtido aceitação e densificação “na hipótese de a execução de um acto administrativo ilegal ter dado origem a uma situação de facto consumado que torna impossível extrair as devidas consequências da anulação desse acto”¹⁶⁹. Tais hipóteses redundam numa situação de indemnização por impossibilidade legal de execução de sentença¹⁷⁰, cujo regime consta dos art.(s) 45º, 166º e 178º do CPTA, aplicável ao contencioso pré-contratual por força do n.º 8 do art. 102º do CPTA.

Assim, quando por ilegalidades cometidas durante o procedimento pré-contratual, seja por preterição ilícita de concorrente, seja por exclusão ou adjudicação ilegal se torna impossível a execução da sentença por o contrato já se encontrar integralmente cumprido, tal redundando numa causa legítima de inexecução de sentença. Nessas situações, sendo impossível retomar o procedimento concursal, a jurisprudência maioritária tem entendido que se verifica a perda de oportunidade de o concorrente poder obter no concurso um resultado favorável, sendo que essa perda em si mesma constitui um dano gerador de responsabilidade. São várias as decisões quer do STA¹⁷¹, quer do TCA¹⁷², que têm acompanhado e sustentado este entendimento¹⁷³.

¹⁶⁸ Embora nem sempre se utilize a terminologia de perda de chance.

¹⁶⁹ (Almeida, Ilegalidades pré-contratuais, impossibilidade de satisfazer a pretensão do autor e indemnização devida, 2013) p. 664)

¹⁷⁰ Para uma abordagem pormenorizada deste ponto veja-se, por exemplo, (Almeida, 2013).

¹⁷¹ Por exemplo, ac.(s) do STA de 20/11/2012, proc. n.º 0949/12; de 30/09/2009, proc. 634/09; e 29/11/2005, proc. n.º 041321.

¹⁷² Por exemplo, ac.(s) do TCAS de 23/11/2017, proc. n.º 13023/16 e proc. n.º 10999/14, de 16/12/2015.

¹⁷³ Na impossibilidade de procedermos a uma citação exaustiva e completa das mesmas, propomo-nos citar apenas alguns exemplos.

No STA veja-se o recente ac. de 13/07/2021, proc. n.º 01676/14.7BEPRT-A, este caso vem estribado numa situação de adjudicação ilegal a um concorrente cuja proposta deveria ter sido excluída, tendo sido determinada a anulação da deliberação de adjudicação do contrato e ordenada a repetição dos procedimentos devidos. No âmbito da execução da sentença anulatória foi reconhecida a ocorrência de causa legítima de inexecução por o contrato já se mostrar integralmente concluído. O fundamento do recurso cingia-se ao montante da indemnização atribuída, uma vez que ambas as instâncias inferiores haviam concedido uma indemnização que englobava os custos com a apresentação da proposta e os lucros cessantes. O STA determinou que a indemnização devida pela inexecução da sentença visa ressarcir um dano autónomo e que é relativamente a este que deve ser efetuado o juízo de causalidade quanto aos prejuízos que o devem densificar. Assim, a indemnização a arbitrar é sucedânea da reconstituição em espécie que seria aplicável não fora a causa legítima de inexecução. Quanto ao *quantum* indemnizatório¹⁷⁴ decidiu-se que o mesmo deve ser apurado de acordo com a prova carreada para os autos pelas partes, procedendo-se a uma ponderação da situação jurídica que o exequente perdeu pelo facto da inexecução. Sendo que, o montante da indemnização visa compensar o dano da inexecução e não os prejuízos individualizados. Concluindo-se que, por regra, são ponderados os danos integradores do interesse contratual negativo, mas se a reconstituição da situação conduzir a uma forte probabilidade, ou até certeza, de que a adjudicação teria sido feita ao exequente, nesse caso, podem e devem ser ponderados os danos integradores do interesse contratual positivo. Também neste caso, o STA recordou que determinou que, quando seja arbitrada indemnização pelo interesse contratual positivo está excluída a possibilidade de compensação pelo interesse contratual positivo.

Em suma, a jurisprudência tem entendido que a perda da possibilidade de discutir no concurso a bondade da proposta, ou de proceder à execução da decisão de anulação, constitui um dano. Este dano representa uma oportunidade real, que é um bem em si mesmo, um valor autónomo e atual, distinto da utilidade final que potencia, por isso a perda da oportunidade de conseguir um ganho não é uma mera expectativa, mas um dano certo e causalmente ligado à conduta ilícita.

Relativamente à fixação do respetivo *quantum* indemnizatório, cotejada a jurisprudência, constatamos que o valor da indemnização depende da posição que o concorrente tinha no concurso gorado. Se ficar demonstrado que o concorrente preterido seria efetivamente o adjudicatário, a

¹⁷⁴ A propósito da graduação da indemnização cfr. (Almeida, 2013, pp. 678 - 680).

indenização a arbitrar será o resultado da diferença entre o lucro esperado, o preço que o concorrente teria que efetivamente pagar aos seus fornecedores e o preço indicado na proposta, ao resultado obtido tem ainda de ser descontado o valor das despesas inerentes à execução da proposta e encargos com a participação no concurso. Outras vezes, o tribunal procede à fixação de uma percentagem, por recurso a um juízo de equidade. Note-se ainda que, o TCAS esclareceu que o recurso a um juízo de equidade, de acordo com o disposto no art. 566º, n.º 3 do CC, está reservado para aquelas situações em que não seja possível proceder à quantificação exata dessa perda por recurso aos dados constantes dos autos.

Compaginando a jurisprudência analisada com o DUE, nomeadamente com as Diretivas Recursos, certos de que estas não excluem a indenização pelo interesse contratual negativo ou positivo nem pela perda de chance, independentemente da posição que se adote acerca da quantificação do dano, parece-nos que o fundamental é garantir a tutela efetiva do lesado e que a sua pretensão receba tutela indemnizatória condigna. Assim, o *quantum* da indenização a conceder deve ser apurado casuisticamente perante o evento que obriga à reparação e mediante a prova efetuada pelo lesado, designadamente a demonstração do nexu causal entre a ilicitude e o prejuízo reclamado.

Conclusão

Ao longo do presente concluímos que a remissão operada pela parte final do n.º 2 do art. 7º do RRCEE, para o DUE, é complexa e convoca um regime dualista. Dualista porque, dependendo da situação a tratar, poderemos ter de avocar o regime constante das Diretivas Recursos ou/e o regime da responsabilidade extracontratual por violação do DUE, tal como construído pelo TJ.

Perante a complexidade e dificuldade prática que o preceito comporta, parece-nos que a solução passaria pela intervenção legislativa. Deste modo, julgamos que se deveria individualizar a indemnização postulada pelas Diretivas Recursos daquela que se destina a tutelar os restantes danos e *quicá* alargar o seu âmbito de aplicação a todos os procedimentos contratuais, à semelhança do que acontece no ordenamento Alemão (v.g. art. 181º do BGW).

Além disso, sugere-se a reformulação do n.º 2 do art. 7º do RRCEE, eliminando-se a remissão para o DUE e procedendo-se à identificação das condições determinadas pelo regime da responsabilidade do Estado por violação do DUE que têm de estar preenchidas para que haja lugar à obrigação de indemnização por ilegalidades pré-contratuais.

A par desta alteração, deveria ser ponderado o alargamento da aplicação do preceito a todos os procedimentos contratuais e não apenas aos referidos no art. 100º do CPTA. Assim se harmonizando e alinhando o direito nacional com o direito europeu. Sugerindo-se a seguinte redação:

É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos constantes do n.º 2 do art. 16º do Código dos Contratos Públicos, desde que a regra violada vise conferir direitos aos concorrentes, essa violação seja suficientemente caracterizada e se verifique um nexo de causalidade direto entre aquela violação e o prejuízo sofrido.

Quanto à indemnização a arbitrar, face às especificidades dos procedimentos da contratação pública, a mesma deve ser apurada de acordo com os factos carreados pelas partes para o processo e a prova produzida, afastando-se a tendência apriorística de cingir os danos a indemnizar ao interesse contratual negativo por recurso ao regime ínsito no art. 227º n.º1 do CC.

Bibliografia

- Alcoz, L. M. (2009). Hacia una nueva teoria general de la causalidade en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. *Revista Jurídica de Castilla - La Mancha*, n.º 47, 107-157.
- Almeida, M. A. (2021). *Teoria Geral do Direito Administrativo, 7ª Edição atualizada e ampliada*. Almedina.
- Arrowsmith, S. (2006). The Paste And The Future Evolution Of EC Procurement Law: From Framework To Common Code? *Public Contract Law Journal*, Vol. 35, n.º 3, 340.
- Arrowsmith, S. (s.d.). *EU Public Procurement Law: An Introduction*. University of Nottingham: Asia Link.
- Barbosa, M. M. (2018). Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação. *Revista do Centro de Estudos Judiciários- Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil, e-book*, 41-79.
- Bovis, C. H. (2012). Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions. *Common Market Law Review*, 247-290. Obtido de <http://www.ejtn.eu/PageFiles/17838/BOVIS%20CMLRev.pdf>
- Burgi, M. (2011). EU Procurement Rules – A Report about the German Remedies System. Em S. Treumer, & F. Lichere, *Enforcement of The EU Public Procurement Rules, European Procurement Law Series, Vol. 3* (pp. 105-153). Dinamarca: DJOF Publishing Copenhagen.
- Cabral, M. O. (2017). O Contencioso Pré-Contratual no CPTA Revisto Algumas Notas. *Centro de Estudos Judiciários, E-Book Contencioso Pré-contratual*, 53-65.
- Cadilha, C. A. (2011). *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. Coimbra Editora.
- Cadilha, C. F. (2017). Responsabilidade pré-contratual de entidades públicas. Em A. VV, *Contencioso Pré-Contratual, e-book* (pp. 91-104). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- Cadilha, C. F., & Cadilha, A. (2013). *O Contencioso Pré-Contratual e o Regime de Invalidez dos Contratos Públicos*. Almedina.
- Calvão, F. (2013). Anotação sub artigo 3º. Em AA.VV, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* (p. 92). Lisboa: Universidade Católica.
- Canotilho, J. G., & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º, Vol. I, 4ª Ed.* Coimbra: Coimbra Editora.

- Caranta, R. (2011). Damages: Causation and Recoverable Losses. *Public Procurement Law*(Damages as an Effective Remedy), 167-184.
- Caranta, R. (2011). Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness? Em S. Treumer, & F. Lichère, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Vol. 3* (pp. 53-93). Copenhaga: DJOF Publishing Copenhagen.
- Caranta, R. (2015-1). Remedies in EU Public Contract Law: The Proceduralisation of EU Public Procurement Legislation. *Review of European Administrative Law, Vol. 8*, 75-98.
- Correia, J. M. (2017). A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos Contratos públicos”. *Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 4, n.º 2*.
- Costa, M. J. (2000). *Direito das Obrigações, 8ª ed.* Coimbra: Almedina.
- Duarte, M. L. (2018). O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e o Direito da União Europeia - breve relato de um (des)encontro anunciado com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Em C. A. Gomes, R. Pedro, & T. Serrão, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à luz da Jurisprudência, 2ª Ed.* (pp. 77-101). Lisboa: AAFDL.
- Eiró, V. (2012). Responsabilidade Civil Extracontratual e Perda de Chance. Em C. A. Gomes, & M. A. Raimundo, *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas* (pp. 49-). Lisboa: ICJP.
- Eiró, V. (2013). *A Obrigação de Indemnizar das Entidades Adjudicantes, Fundamento e Pressupostos.* Almedina.
- Eiró, V., & Mealha, E. (2010). Damages Under Public Procurement: The Portuguese Case. Em AA. VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II* (pp. 1231-1251). Coimbra Editora.
- Estorninho, M. J. (2011). Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise... *Justiça Administrativa, n.º 88, Julho/Agosto*, 37-42.
- Ferreira, R. C. (2011). *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial na contratação pública).* Coimbra: Coimbra Editora.
- Ferreira, R. C. (2017). Responsabilidade civil pré-contratual das entidades públicas e perda de chance. Em A. VV, *Contencioso Pré-Contratual* (pp. 69-88). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, e-book.

- Ferreira, R. C. (2018). *A Responsabilidade Civil Pré-contratual das Entidades Adjudicantes*. Lisboa: Almedina.
- Gomes, C. A. (2009). O Livro das Ilusões: A responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. *Revista do Centro de estudos Judiciários, E-Book, 1º semestre n.º 11*, 296 e ssg.
- Gomes, C. A. (2019). Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas? Em C. A. Gomes, *Novos Estudos Sobre Direito Da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas - Por Facto da Função Administrativa* (pp. 109-145). Lisboa: AAFDL.
- Gomes, J. V. (2005). Sobre o dano da perda de chance. *Direito e Justiça, Vol. XIX, Tomo II*, 9-47.
- Gomes, J. V. (2012). Ainda sobre o dano da perda de oportunidade ou da perda de chance. *Cadernos de Direito Privado, número especial 02*, 17-29.
- Gomes, P. C. (2012). O Conceito De Possibilidade Real no Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado. *Instituto Politécnico do Porto*, 159-162.
- Gomes, P. C. (2014). O Contencioso Pré-Contratual Público Português - Proposta de Revisão à Luz do Direito da União Europeia. *Revista da Ordem dos advogados, ano 74*, 291-342.
- Justo, A. S. (2006). *Introdução ao Estudo do Direito, 3ª Ed.* Coimbra: Coimbra Editora.
- Lanceiro, R. T. (2018). Art. 7º n.º 2. Em C. A. Gomes, R. Pedro, & T. Serrão, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência, 2ª Ed.* (pp. 491-515). Lisboa: AAFDL.
- Lichère, F., & Gabayet, N. (2011). Enforcement of the EU Public Procurement Rules in France. Em S. Treumer, & F. Lichère, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Vol. 3* (pp. 299-330). Copenhagen: DJOF Publishing Copenhagen.
- Mealha, E. (2008). Responsabilidade Civil Nos Procedimentos de Adjudicação dos Contratos Públicos (Notas ao Artigo 7º/2 Da Lei N. 67/2007, de 31 de Dezembro). *Revista Julgar, n.º 5*, 99-120.
- Mealha, E. (2018). Jurisprudência Recente do TJUE Sobre Contratação Pública. *Julgar n.º 35*, 50.
- Medeiros, R. (2010). Anotação ao artigo 22º. Em J. Miranda, & R. Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª Ed.* (pp. 472-473). Coimbra Editora.

- Medeiros, R., & Martins, P. F. (2013). Anotação ao artigo 7º, n.º 2. Em AA. VV, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* (p. 181 e ssg.). Universidade Católica Editora.
- Mesquita, M. J. ((s.d.)). A Responsabilidade Pelo Exercício da Função Jurisdicional: Âmbito e Pressupostos. *Centro de Investigação de Direito Público, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas*, 5.
- Mesquita, M. J. (2006). A proposta de Lei n.º 56/X em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Notas Breves à Luz do Direito da União Europeia. Em AA.VV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Volume II* (p. 247). Coimbra Editora.
- Mesquita, M. J. (2009). *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*. Almedina.
- Mesquita, M. J. (2011). Influência do direito da União Europeia nos regimes da responsabilidade pública. *Revista de Justiça Administrativa n.º 88, Julho/Agosto*.
- Oliveira, H. (2010). Jurisprudência Comunitária E Regime Jurídico Da Responsabilidade Extracontratual Do Estado e Demais Entidades Públicas - Influência, Omissão e Desconformidades. Em AA.VV, *Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor Sérvulo Correia, Vol. IV* (pp. 619-638). Coimbra Editora.
- Oliveira, R. E. (2009). O contencioso urgente da contratação pública. *Revista Justiça Administrativa*, 3-16.
- Parecer da Procuradoria- Geral Distrital, Tribunal da Relação de Lisboa. (s.d.). Lisboa.
- Pedro, R. T. (2018). Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência. Em AA. VV, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil* (pp. 183-210). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- Pinto, C. A. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil 4º Ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Pinto, P. M. (2010). Responsabilidade Por Violação De Regras De Concurso Para Celebração De Um Contrato (em especial o cálculo de indemnização). Em P. G. (org.), *Estudos de Contratação Pública - II* (pp. 273-295). Coimbra : Coimbra Editora (CEDIPRE).
- Quadros, F. d. (2008). *Direito da União Europeia*. Almedina.

- Reis, N. T. (2018). Artigo 3º Obrigação de Indemnizar. Em C. A. Gomes, R. Pedro, & T. Serrão, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários À Luz da Jurisprudência* (pp. 311-368). Lisboa: AAFDL.
- Sánchez, P. F. (2015). A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance. *O Direito*, 147.º, IV, 853-895.
- Sánchez, P. F. (2021). *Direito da Contratação Pública, Vol. II*. Lisboa: AAFDL.
- Sampaio, J. S. (2018). A Lei n.º 67/2007 e a Constituição da República Portuguesa - o recorte normativo da norma constitucional de responsabilidade civil extracontratual do Estado e a jurisprudência constitucional. Em C. A. Gomes, R. Pedro, & T. Serrão, *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado E Demais Entidades Públicas: Comentários À Luz da Jurisprudência, 2ª Edição* (pp. 39-75). AAFDL.
- Shebesta, H. (2016). *Damages in EU Public Procurement Law*. Spring.
- Sousa, M. R., & Matos, A. S. (2008). *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral - Tomo III*. Dom Quixote.
- Telles, I. G. (2010). *Direito das Obrigações, reimpressão da 7ª Ed.* Coimbra: Coimbra Editora.
- Treumer, S. (2011). Basis and Conditions for Damages Claims. *Public Procurement Law* , 149-166.
- Varela, J. A. (2010). *Das Obrigações em Geral, Vol. I, 10ª Ed.* Lisboa: Almedina.

Bibliografia de Jurisprudência

1- Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (disponível para consulta em www.curia.pt)

- *Costa/Enel*, proc. 6/64, de 15/07/1964;
- *Rewe*, proc. 33/76, de 16/12/1976;
- *Simmenthal*, proc. 106/77, de 9/03/1978;
- *Von Colson*, proc. 14/83, de 10/04/1984;
- *Factortame*, proc. n.º C-213/89, de 19/06/1990;
- *Francovich*, proc. n.º C-6/90 e 9/90, de 19/11/1991;
- *Bresserie du pêcheur/ Factortame*, proc. n.º C46/93 e C-48/93 de 05/03/96;
- *Hedley Lomas*, proc. C-5/94, do TJ de 23/05/1996;
- *Ac. Rechberger*, proc. n.º C-140/97, de 15/06/1999;
- *Alcatel/Austria*, proc. C-92/00, de 28/10/1999;
- *Teleaustria e Telefonadress*, proc. C-324/98, de 7/12/2000;
- *Hospital Ingenieure*, proc. C-92/00, de 18/06/2002;
- *Makedoniko Metro e Michaniki*, proc. C-57/01, de 23/01/2003;
- *GAT*, proc. C-315/01, de 19/06/2003;
- *Köbler*, proc. C-224/01, de 30/09/2003;
- *Comissão/ Portugal*, proc. C-275/03, de 14/10/2004;
- *Stadt Hale*, proc. C-26/03, de 11/01/2005;
- *Coname/Pandamia*, proc. n.º C-231/03, de 21/7/2005;
- *Parking Brixen*, proc. C-458/03, de 13/10/2005;
- *Traghetti*, proc. C-173/03, de 13/06/2006;
- *Comissão/Irlanda*, proc. n.º C-507/03, de 13/11/2007;
- *Comissão/ Portugal*, proc. C-70/06, de 10/01/2008;
- *Ac. Strabag*, proc. C-134/09, de 30/09/2010;
- *Stadt Graz*, proc. C-314/09, de 30/09/2010;
- *Combinatie Spijker Infrabouw*, proc. C- 568/08, de 09/12/2010;
- *Tecnoed Construzioni Srl*, proc. C-318/15, de 6/10/2015;

2- Jurisprudência Nacional (disponível para consulta em www.dgsi.pt)

Tribunal Constitucional

- Ac. n.º 287/90 de 30/11/1990;
- Ac. n.º 556/03, de 12/11/2003.

Supremo Tribunal Administrativo

- Proc. n.º 041321, de 29/11/2005;
- Proc. n.º 0965/03, de 07/03/2006;
- Proc. n.º 0875/05, de 31/10/2006;
- Proc. 634/09, de 30/09/2009;
- Proc. n.º 0701/10, de 29/11/2011;
- Proc. n.º 0949/12, de 20/11/2012;
- Proc. n.º 01403/12, de 14/01/2016.

Supremo Tribunal de Justiça

- Ac. uniformizador de jurisprudência n.º 2/2022, publicado no Diário da República n.º 18/2022, série I de 2022/1/26, pp. 20-42

Tribunal Central Administrativo

- Proc. n.º 213/06.1BELLE, de 04/11/2011;
- Proc. n.º 13745/16, de 24/11/2016;
- Proc. n.º 13023/16, de 23/11/2017;
- Proc. n.º 10999/14, de 16/12/2015.