

# O fim da impugnação unitária no contencioso pré-contratual? A propósito do Acórdão do STA de 27.01.2011

Marco Caldeira

*Advogado. Doutorando na Faculdade de Direito  
da Universidade de Lisboa.*

I. Como é sabido, o actual processo urgente de contencioso pré-contratual, previsto nos artigos 100.º a 103.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“CPTA”) e aplicável aos procedimentos de formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, permite a impugnação directa, não apenas de actos administrativos (cfr. artigo 100.º, n.º I do CPTA), mas também do programa, do caderno de encargos ou de qualquer outro “*documento conformador do procedimento*” pré-contratual em causa<sup>[1]</sup> (cfr. artigo 100.º, n.º 2 do CPTA). Trata-se, aliás, de uma solução que já se encontrava consagrada no anterior Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio<sup>[2]</sup>, e que, em qualquer dos casos, resulta de expressa imposição comunitária, estabelecida por via das denominadas “*Directivas recursos*”<sup>[3]</sup>.

[1] Cfr. o elenco das peças procedimentais de cada um dos procedimentos pré-contratuais no artigo 40.º, n.º I do Código dos Contratos Públicos (“CCP”).

[2] De referir que esta possibilidade de impugnação directa das peças do procedimento apenas foi introduzida no Decreto-Lei n.º 134/98 e no CPTA através da Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro.

[3] Cfr. Directivas n.º 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro, e n.º 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro, ambas alteradas pela Directiva n.º 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007.

Nos termos do artigo 2.º, n.º I, alínea b) da Directiva n.º 89/665/CE, na sua actual redacção, os Estados-

-membros estão obrigados a criar mecanismos processuais que permitam aos interessados “Anular ou mandar anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem do convite à apresentação de propostas, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o procedimento de adjudicação do contrato em causa”.

[4] Nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º I, alínea e) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Foi recentemente equacionada a possibilidade de estender aos Tribunais arbitrais a competência para dirimir litígios pré-contratuais. No entanto, a autorização legislativa conferida ao Governo pelo artigo 128.º, n.º I, alínea j) da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, caducou, pelo que o artigo 180.º, n.º I, alínea a) do CPTA continua a apenas prever que os Tribunais arbitrais conheçam de questões “*respeitantes a contratos*” (mas não de questões respeitantes ao *procedimento para a formação* de contratos).

[5] O texto integral deste Acórdão (bem como da demais jurisprudência citada ao longo deste texto, salvo indicação em contrário) encontra-se disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). O sumário desta decisão vem ainda transcrito nos *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 85, p. 73.

Deste modo, além da decisão de adjudicação e dos demais actos potencialmente lesivos que sejam praticados ao longo do procedimento pré-contratual (*maxime* a exclusão de candidaturas ou de propostas), os interessados podem ainda impugnar junto dos Tribunais administrativos<sup>[4]</sup> as respectivas peças, designadamente com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras ali contidas (cfr. artigo 100.º, n.º 2, *in fine*, do CPTA).

Sendo pacífica a possibilidade de os documentos e os actos procedimentais serem *autonomamente* impugnados, com base em vícios *próprios*, já a impugnação fundada em vícios *consequentes*, que geram a ilegalidade *derivada* do acto impugnado, suscita algumas questões. Em especial, e para o que aqui importa, cumpre indagar se a não impugnação, no momento próprio, de uma disposição ilegal constante das peças procedimentais impede ou não o interessado de impugnar (*apenas* com base nesta ilegalidade) um acto posterior que aplique aquela mesma disposição. Assim, por exemplo, poderá um concorrente impugnar o acto de adjudicação proferido num Concurso Público, invocando unicamente a ilegalidade de determinada norma constante do Programa do Concurso que, entretanto, já se tornou inimpugnável?

Esta questão veio agora a receber uma resposta *surpreendente* através do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) de 27.01.2011, que, pelo seu interesse, constitui objecto de análise no presente texto<sup>[5]</sup>.