

---

---

# REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

EDIÇÃO: CEDIPRE · DIRETOR: PEDRO COSTA GONÇALVES · N.º 20

---

---

20

*Acordo sobre contratos públicos da OMC*  
*O valor do contrato*  
*Ato administrativo contratual*  
*Responsabilidade pré-contratual (Tribunal EFTA)*



## ÍNDICE

### DOCTRINA E COMENTÁRIO

O princípio da não discriminação no acordo da OMC sobre contratos públicos .....	5
PEDRO INFANTE MOTA	
Os dois valores do contrato público. Uma proposta de interpretação do artigo 17.º do CCP após a revisão de 2017 .....	61
TIAGO MASCARENHAS	
A integração do contrato administrativo. ....	91
TIAGO AMORIM	
O ato administrativo contratual como modo de atuar do dono de obra pública .....	103
JORGE ALVES CORREIA	
A responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes: anotação ao acórdão <i>Fosen Linjen</i> .....	123
PEDRO MATIAS PEREIRA	
CAROLINA FERREIRA DA SILVA	

### JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA (EUROPEIA E PORTUGUESA)

A - Jurisprudência do TJUE .....	147
B - Jurisprudência dos Tribunais Administrativos.....	157
C - Jurisprudência do Tribunal de Contas .....	171

## A responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes: anotação ao acórdão *Fosen Linjen*

PEDRO MATIAS PEREIRA

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Membro do Grupo de Contratação Pública do CEDIPRE  
Advogado

CAROLINA FERREIRA DA SILVA

Advogada

**Resumo:** O Acórdão *Fosen Linjen* veio recolocar o foco na questão da responsabilidade das entidades adjudicantes no âmbito de procedimentos de contratação pública. Neste texto, partindo de um resumo do Acórdão, analisa-se o conceito de *violação* do direito europeu dos contratos públicos, bem como a evolução jurisprudencial a esse respeito, procurando identificar qual o conceito de violação – *simples* ou *suficientemente caracterizada* – que melhor se ajusta aos interesses e princípios jurídicos em jogo.

**Palavras-chave:** *Acórdão Fosen Linjen; Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes; simples violação; violação suficientemente caracterizada; culpa.*

**Abstract:** The case *Fosen Linjen* restored the emphasis on the subject of contracting entities liability within public procurement proceedings. In this text, starting with an overview of the decision, we analyse the concept of European Public Procurement Law *breach* and the evolution of case law on this matter, so as to determine which concept – whether a *simple* or a *sufficiently serious breach* – best meets the interests and legal principles at stake.

**Keywords:** *Case Fosen Linjen; Pre-contractual liability of contracting entities; simple breach; sufficiently serious breach; fault.*

## 1. Introdução: o caso *Fosen Linjen*

O Acórdão *Fosen Linjen* veio renovar o interesse na questão da responsabilidade das entidades adjudicantes em procedimentos de contratação pública, matéria que, também no nosso país, é discutida na doutrina e na jurisprudência.

Neste texto, começaremos por resumir e analisar o decidido pelo Tribunal da Associação Europeia de Livre Comércio<sup>1</sup>, avaliando, posteriormente, a responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes no plano do direito comunitário (e, conseqüentemente, no plano do direito português) dissecando o tipo de violação de direito da União Europeia que tem de estar em causa para gerar esse tipo de responsabilização.

O Acórdão *Fosen Linjen* foi proferido no âmbito de um pedido de esclarecimento<sup>2</sup> (de um Tribunal norueguês), efetuado num processo em que a *Fosen-Linjen AS* (doravante, "*Fosen-Linjen*") – um pequeno operador norueguês de ferries – exigia da *AtB AS* (doravante, "*AtB*"), que atuava como entidade adjudicante de serviços de transporte, o pagamento de uma indemnização. O pedido indemnizatório surgiu na sequência da participação da *Fosen Linjen* num procedimento de contratação de serviços de transporte através de ferries em que esta apresentou proposta, juntamente com duas outras empresas.

Nesse procedimento, foi utilizado como subfactor do critério de adjudicação a *performance* ambiental dos ferries a afetar à prestação de serviços, avaliada de acordo com o consumo de combustível dos barcos propostos por cada um dos concorrentes; no entanto, a entidade adjudicante não exigiu documentação comprovativa do nível de consumo (bastando-se, por isso, com as declarações dos concorrentes).

A *Fosen Linjen*, que perdeu a adjudicação por pouca margem (para a empresa *Norled AS*), iniciou um processo de contencioso pré-contratual, com o que impediu a celebração do contrato. As decisões dos tribunais de primeira e segunda instância confirmaram a ilegalidade do procedimento, considerando que:

<sup>1</sup> Doravante, "Tribunal" ou "Tribunal EFTA".

<sup>2</sup> Acórdão de 31 de outubro de 2017, processo n.º E-16/16, disponível em: [http://www.eftacourt.int/uploads/tx\\_nvcases/16\\_16\\_Judgment\\_EN.pdf](http://www.eftacourt.int/uploads/tx_nvcases/16_16_Judgment_EN.pdf).

- (i) a avaliação do subfactor “ambiente” não tinha tido uma base razoável de avaliação;
- (ii) a entidade adjudicante havia cometido um erro ao não verificar a razoabilidade da declaração do adjudicatário dos serviços quanto ao nível de consumo de combustível dos ferries por ele propostos.

Nessa sequência, a *AtB* informou os concorrentes da sua decisão de “cancelar” o procedimento, baseando-se nas decisões judiciais e acrescentando que, em face dos documentos do concurso, entendia não ter legitimidade para excluir do procedimento o adjudicatário.

A *Fosen Linjen* não contestou a decisão de cancelamento do concurso, antes apresentou uma ação de indemnização por danos sofridos, pedindo, a título principal, indemnização pelo interesse contratual positivo e, subsidiariamente, por danos emergentes.

Subsequentemente, a *AtB* celebrou um contrato com o mesmo objeto, mas com prazo mais limitado (para os anos de 2015 e de 2016), com o adjudicatário do procedimento e, mais tarde, lançou um novo procedimento para a adjudicação do mesmo objeto contratual (para o período 2019-2029), procedimento a que a *Fosen Linjen* não concorreu.

## 2. A decisão do Tribunal EFTA

No âmbito da ação de indemnização movida pela *Fosen Linjen*, o Tribunal norueguês de primeira instância rejeitou os pedidos indemnizatórios por esta formulados, o que motivou a apresentação de um recurso pela *Fosen Linjen*; é no âmbito desse recurso que o Tribunal norueguês de segunda instância solicitou ao Tribunal EFTA alguns esclarecimentos.

De entre as questões colocadas, destacamos as seguintes:

A. “O n.º 1 do artigo 1.º e a alínea c), do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 89/665/CEE, ou quaisquer outras disposições da referida Diretiva, impõem que as regras nacionais, condicionem a concessão de compensações devidas pelo facto de a entidade adjudicante ter ignorado disposições comunitárias do direito dos contratos públicos ao seguinte:

- (i) Existência de culpa e de uma conduta que se desvie consideravelmente de uma linha de ação justificável?