

---

---

# REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

EDIÇÃO: CEDIPRE · DIRETOR: PEDRO COSTA GONÇALVES · N.º 17

---

---

17

*Recursos Humanos e Contratação Pública*  
*Modificações Subjetivas e Subcontratação*  
*Trabalhos Complementares*



· U



C ·



# Da adjudicação à celebração do contrato. Reflexões sobre a revisão ao Código dos Contratos Públicos

RUI MESQUITA GUIMARÃES

Membro do Grupo de Contratação pública do CEDIPRE  
Advogado

**Resumo:** o presente texto é dedicado à análise do Decreto-lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que procedeu à décima primeira alteração ao Código dos Contratos Públicos, no que especificamente respeita à fase de adjudicação do contrato até à respetiva celebração, através da abordagem (i.) às alterações introduzidas, em cada um daqueles passos que compõem o procedimento adjudicatório até à celebração do contrato e (ii.) aos aspetos que, não tendo merecido a atenção do legislador, poderiam ter sido alterados ou clarificados.

**Palavras-chave:** Decreto-lei n.º 111-B/2017; Adjudicação do contrato; Celebração do contrato.

**Abstract:** this paper aims to analyze the Decree-law no. 111-B/2017, of August 31 (the eleventh amendment to the Public Contracts Code), concerning, particularly, the contract award phase, until its conclusion, through the approach of: (i.) the changes introduced in each of those steps that constitute the procurement procedure until the conclusion of the contract; and (ii.) the aspects that did not merit the attention of the legislator which could have been altered or clarified.

**Keywords:** Decree-law no. 111-B/2017; Award of contracts; Conclusion of public contracts.

## 1. Enquadramento

Com a publicação do Decreto-lei n.º 111-B/2017<sup>1</sup>, procedeu-se à décima primeira alteração ao Código dos Contratos Públicos. Sem desprimor pelas

<sup>1</sup> A revisão introduzida pelo Decreto-lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto foi já objeto de duas retificações – cronologicamente, a Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro e a Retificação n.º 42/2017, de 30 de novembro.

alterações anteriores, a alteração introduzida pelo Decreto-lei n.º 111-B/2017 constitui uma verdadeira revisão ao Código. Essa revisão teve diversos níveis de intensidade, tendo em consideração os diversos temas sobre os quais se ocupou.

No que respeita ao(s) procedimento(s) que medeia(m) – ou pode(m) mediar – entre a adjudicação e a celebração do contrato, o Código revisto, embora não introduza alterações de paradigma, teve presente a experiência acumulada desde a sua entrada em vigor, o que permitiu ao legislador: *(i.)* limar alguns aspetos que se demonstraram menos ágeis; *(ii.)* clarificar outros que suscitaram dúvidas interpretativas; e *(iii.)* introduzir novas ferramentas, como sejam aquelas relativas às causas de não adjudicação e, principalmente, às causas de caducidade da adjudicação.

Nesse sentido, com o presente texto, não teremos a pretensão de abordar o tema numa perspetiva de *teoria do big bang do ato de adjudicação*, analisando as suas origens e características dogmáticas, mas refletir sobre alguns particulares aspetos das alterações introduzidas e de outros que, não tendo sido alterados, consideramos que o poderiam ter sido.

Tendo presente esta autolimitação, permitir-nos-emos, ainda assim, na primeira parte do presente texto efetuar uma abordagem sobre o conceito de «ato de adjudicação» e a sua natureza, no âmbito dos direitos que a sua emissão confere ao adjudicatário.

Na segunda parte, tendo presente que, nem todos os procedimentos de formação de contrato terminam com uma adjudicação e que, mesmo aqueles que terminam com a adjudicação, nem sempre são concluídos (com a celebração do contrato), analisaremos as denominadas causas de não adjudicação e as causas de caducidade de adjudicação, alteradas ou introduzidas pela revisão ao Código.

Por fim, abordaremos algumas das novidades que foram introduzidas pela revisão ao Código em matéria de celebração de contrato.

## **2. Da adjudicação**

### **2.1. A definição de ato de adjudicação – uma definição legal minimalista**

O Código apresenta-nos uma concetualização minimalista de «ato de adjudicação», que não demonstra (ou, pelo menos, não teve a pretensão de demonstrar) toda a extensão material que, do ponto de vista decisório, compõe

este ato. Com efeito, a definição que nos é oferecida pelo Código, basta-se na afirmação do ato de adjudicação como o ato de aceitação ou escolha<sup>2</sup> – de que é, inclusivamente, indiciadora da terminologia utilizada pelo Código: «ato de adjudicação»<sup>3</sup>.

Sendo certo que o ato de adjudicação é, primordialmente, um ato de escolha, poderá afigurar-se (porque é suscetível de conter diversas micro decisões, colhidas das específicas características do procedimento<sup>4</sup>), do ponto de vista material, bem mais vasto, comportando uma pluralidade de decisões destinadas a conformar o procedimento de formação do contrato<sup>5</sup>. Demonstra-o, claramente, o n.º 4 do artigo 148.º do CCP, nos termos do qual se dispõe que «(c)abe ao órgão competente para a decisão de contratar decidir sobre a aprovação de todas as propostas contidas no relatório final».

Assim, o ato de adjudicação é constituído por decisões heterogéneas que, quando colocadas no “misturador”, permitem obter a “solução” final (que se espera) homogénea: a decisão de escolha do adjudicatário. Na verdade, embora o objetivo a atingir seja a aceitação ou escolha da proposta, o caminho, na sua perspetiva decisória, é composto por diversas etapas. De entre essas etapas, destaca-se a análise das propostas, com vista a determinar a existência (ou não) de causas de exclusão – a qual terá, como pressupostos, os elementos instrutórios da decisão, como o sejam os Relatórios elaborados pelo júri do

<sup>2</sup> Dispõe o n.º 1 do artigo 73.º do Código que “A adjudicação é o ato pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas”.

<sup>3</sup> Sendo, primordialmente, o procedimento de formação do contrato destinado à escolha do futuro cocontratante, percebe-se que o legislador tenha colocado a tónica na adjudicação.

<sup>4</sup> Pode suceder que, no âmbito do procedimento, a única decisão seja, efetivamente, a decisão de aceitação/não aceitação, seja porque estamos perante um procedimento fechado – em que apenas tenha sido convidada a apresentar proposta uma única entidade/pessoa singular – seja porque, apesar de ser um procedimento aberto, apenas foi apresentada uma única proposta. Do mesmo modo, pode ocorrer que, tendo sido apresentadas mais do que uma proposta, porque não existem propostas a excluir, os atos a praticar se limitem aos atos avaliativos e de escolha.

<sup>5</sup> Dando nota das diversas decisões que compõem o ato de adjudicação, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. 1, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, pp. 845 e ss. Tratando o ato de adjudicação como contendo uma perspetiva publicista e uma perspetiva civilista, PELINO SANTORO e EVARISTO SANTORO, *Manuale dei Contratti Pubblici*, Ed. VIII, Maggioli Editore, 2011, p. 628. Para estes Autores, o ato de adjudicação assume uma natureza publicista, porquanto constitui um ato administrativo. Assume natureza civilista, na medida em que assume a característica de proposta contratual.

procedimento (quando existam) e as eventuais audiências prévias apresentadas pelos concorrentes. Realizada essa primeira triagem, procede-se à fase de avaliação e ordenação das propostas<sup>6</sup> de acordo com o critério de adjudicação patenteado no programa do procedimento ou no convite, na qual o órgão competente para a decisão de contratar validará a proposta do júri do procedimento, de ordenação das propostas<sup>7</sup>.

Do ponto de vista das propostas a aceitar ou a escolher, o Código propõe, igualmente, uma perspectiva minimalista, configurando o ato de adjudicação como sendo o ato através do qual se aceita ou escolhe *uma* proposta. Afigura-se, todavia, a possibilidade de a escolha recair sobre mais do que uma proposta, sendo o caso mais evidente o dos acordos-quadro, por via dos quais são escolhidas várias entidades<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Salientando a existência de uma sequência lógica das operações de análise e avaliação das propostas, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 917 e 918.

<sup>7</sup> O Código não prevê (e não previa) como deverá proceder o órgão competente para a decisão de contratar caso não concorde com as conclusões – seja quanto à exclusão ou quanto à ordenação das propostas – constantes do relatório final levado à sua apreciação pelo júri do procedimento. Ora, muito embora o Código não preveja uma expressa remissão para o Código de Procedimento Administrativo, a este propósito foi decidido, em Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 13.01.2017, proferido no âmbito do processo n.º 00425/16.OBECBR, que:

«O órgão adjudicante pode, depois de apreciar o relatório final do júri, seguir um de três caminhos:

(i) Considerar que o procedimento está bem instruído e que as propostas do relatório final são legais e meritórias, homologando-as;

(ii) Considerar que o procedimento está deficiente ou insuficientemente instruído e reenviar a documentação recebida do júri para que este proceda ao seu suprimento. Neste caso, da reapreciação pode resultar a exclusão ou a admissão de propostas antes, respectivamente, admitidas ou excluídas ou, noutra cenário, a alteração da sua ordenação.

(iii) Pode finalmente considerar que, apesar de bem instruído o procedimento, as conclusões propostas no relatório final não são legais ou meritórias, alterando-as em conformidade, podendo seguir em sentido diverso do proposto».

<sup>8</sup> Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. 1, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, pp. 845 e ss. Apontamos aqui um outro exemplo em que teremos vários adjudicatários: uma entidade adjudicante pretende adquirir 1000 quantidades de determinado bem, mas, após uma consulta preliminar ao mercado, percebeu que os diversos fornecedores consultados, individualmente, não conseguiriam satisfazer essa necessidade. Nesta situação, perspetivar-se-iam quatro hipóteses para a entidade adjudicante: (i.) optava por lançar o

No que respeita aos destinatários do ato de adjudicação, a noção prevista no Código nada refere. Podemos, ainda assim, através da análise das demais normas do Código, confirmar a existência de (pelo menos) dois grupos de destinatários do ato de adjudicação, os destinatários procedimentais e os destinatários não procedimentais. No primeiro grupo, incluem-se todos os concorrentes no procedimento – onde se inclui, obviamente, o concorrente que apresentou a proposta adjudicada –, ou seja, todos aqueles a quem a lei demanda a notificação<sup>9</sup>, direta e individual, dos atos instrumentais/preparatórios da decisão de adjudicação, praticados ao longo do procedimento e, bem assim, do ato de adjudicação<sup>10</sup>. No segundo grupo, incluem-se todos

procedimento na expectativa que outra entidade, para além das consultadas, apresentasse uma proposta que cobrisse a totalidade de bens a fornecer; *(ii.)* optava por lançar o procedimento na expectativa que os potenciais concorrentes se agrupassem ou subcontratassem, por forma a responder à totalidade da necessidade; *(iii.)* a entidade adjudicante abriria um procedimento por lotes; ou, *(iv.)* optava por adjudicar o contrato a mais do que uma proposta até preencher a totalidade dos bens necessários. Ora, no caso das duas primeiras hipóteses, a entidade adjudicante assumiria o risco de o procedimento ficar deserto, fosse porque não era apresentada qualquer proposta, fosse porque os operadores económicos não se agruparam ou não pretenderam subcontratar. Na terceira hipótese (lotes), a necessidade de definir um número máximo de bens a adquirir em cada lote poderia inviabilizar obter as melhores propostas do ponto de vista financeiro, bastaria para tal, que os lotes não se enquadrassem com as melhores ofertas do mercado. Assim seria, p.e. se o lote 1 estabelecesse a aquisição de 400 unidades, o lote 2 de 300, o lote 3 de 200 e o lote 4 de 100, e existisse um operador económico que possuindo 390 unidades para fornecer a um preço mais baixo do que os demais, pudesse executar apenas o lote 2 ou 3 e 4. Na quarta hipótese a entidade adjudicante, através da adjudicação de diversas propostas, poderia otimizar a satisfação das suas necessidades, na medida em que conseguiria potenciar as melhores ofertas de cada uma das propostas, até preencher a totalidade das necessidades, podendo, nesse caso, ter propostas para o fornecimento de 50, 100 unidades dos bens a adquirir, entre outras.

<sup>9</sup> Impõe o n.º 1 do artigo 77.º do Código que «A decisão de adjudicação é notificada em simultâneo a todos os concorrentes».

<sup>10</sup> Deixamos de fora deste grupo os interessados no procedimento – aqueles que intervêm no procedimento levantando as peças do procedimento, apresentando pedidos de esclarecimento ou listas de erros e omissões, mas que não apresentam proposta –, considerando que, não obstante a intervenção que lhes é conferida em sede contenciosa, pela possibilidade de impugnam as peças do procedimento, durante a pendência do procedimento (n.º 3 do artigo 103.º do Código de processo nos Tribunais Administrativos), em princípio, abandonam o procedimento no momento em que decidem não apresentar proposta. Existe um outro tipo de intervenientes no procedimento, cuja integração procedimental se torna mais difícil de qualificar do ponto: tratam-se de “concorrentes *voyeur*”, isto é, aqueles “concorrentes” que

os destinatários indiretos, aqueles que não sendo parte no procedimento, o legislador impõe, por razões de transparência, que seja dado conhecimento da adjudicação. Com efeito, o artigo 78.º do CCP contempla a obrigatoriedade de publicitação do anúncio da adjudicação dos contratos, p.e., no prazo de 30 dias após a celebração do contrato, sempre que o procedimento de formação do contrato tenha sido publicitado através de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia<sup>11</sup>. Estes anúncios foram criados já nas Diretivas da geração

pretendem, unicamente, conhecer o comportamento do mercado onde atuam, tendo acesso ao teor das propostas apresentadas pelos demais concorrentes no procedimento, com vista à preparação de propostas futuras – os quais, para o efeito, preenchem o formulário principal, apresentando um preço de zero ou um preço superior ao preço base, e juntam uma declaração de não apresentação da proposta. É, no mínimo, duvidoso que estes “concorrentes” devam ou não ser notificados, entre outros, do ato de adjudicação, assim como é duvidoso o tratamento que lhes deve ser dado nos Relatórios elaborados pelo júri do procedimento. A este respeito, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA evidenciam a existência de uma operação inicial do júri do procedimento, de admissão preliminar de concorrentes «por ter como objeto a constatação ou verificação da sua presença no procedimento (com a ou as propostas por si apresentadas), baseada já não na sua aptidão para concorrer (...), mas no facto de se apresentar ao procedimento com qualquer uma» – dando, como exemplo desse momento, o disposto no n.º 1 do artigo 138.º do Código – cf. dos Autores citados, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 919.

<sup>11</sup> A revisão ao Código, trouxe, igualmente, inovações a propósito do «Anúncio de Adjudicação». Desde logo, no n.º 1 (do artigo 78.º do Código), além da necessária adaptação da referência aos Anexos da Diretiva – com vista a conformar o Código com as Diretivas de 2014 –, passou a prever-se que o anúncio deve ser publicado no «prazo de 30 dias após a celebração de um contrato» (previa-se até então que o anúncio fosse publicado «no prazo de 30 dias após a adjudicação»). A justificação para a alteração introduzida poderá estar relacionada com a necessidade de permitir a consolidação do ato de adjudicação, por um lado, porque, tendencialmente, se afiguram bastar 30 dias após a celebrado, por outro lado, porque se evitará a prática de um ato inútil (publicação do anúncio), caso se venha a operar a caducidade da adjudicação – inutilidade resultante (i.) quer da necessidade de nova publicação no caso de adjudicação do contrato ao concorrente graduado em segundo lugar, (ii.) quer da impossibilidade de adjudicar, no caso de não existirem outras propostas. Foram ainda adotados dois números: o n.º 5 do artigo 78.º prevê que seja publicado o anúncio, relativamente aos contratos celebrados ao abrigo de acordo-quadro ou de um sistema de aquisição dinâmico, quando o preço contratual acumulado por trimestre ultrapassar os limiares referidos nas alíneas do n.º 2 – tendo em consideração que poderão existir situações em que só no final do trimestre será possível verificar se foram ultrapassados os limites, a publicação deste anúncio deverá ocorrer no prazo de 30 dias após o fim de cada trimestre. Já o n.º 6 veio regular a publicação dos anúncios de adjudicação no caso dos contratos de concessão.

anterior – 2004 – com o objetivo de promover a *accountability* dos procedimentos adjudicados<sup>12</sup>, os quais fazem parte do objetivo mais abrangente de instituir momentos de controlo no âmbito do ciclo de vida das aquisições públicas – desde a formação do contrato ao termo da respetiva execução, designadamente, com a criação dos relatórios de contratação e dos relatórios de formação e de execução do contrato<sup>13</sup>.

## 2.2. Da natureza do ato de adjudicação

Como já se deixou exposto, sendo o «ato de adjudicação» suscetível de conter uma pluralidade de decisões destinadas a conformar o procedimento de formação do contrato, não comportará, para todos os concorrentes, o mesmo tipo de consequências. De um lado, temos os concorrentes cujas propostas foram escolhidas – os quais, como vimos, podem ser mais do que um; de outro lado, temos os concorrentes cujas propostas foram preteridas – porque foram excluídas ou porque, apesar de admitidas, a sua valia, face ao critério de adjudicação, se demonstrou mais desinteressante para a satisfação das necessidades que a entidade adjudicante pretende prover com a execução do contrato. Ora, esta ambivalência do ato de adjudicação faz com que este ato não seja, simplesmente, um ato que confere direitos – independentemente, da determinação desses direitos, tema que abordaremos de seguida. Efetivamente, o ato de adjudicação, tendo um conteúdo positivo – para os concorrentes que viram as suas propostas adjudicadas – tem também (*it.*) um conteúdo “neutro”, para aqueles concorrentes cujas propostas não foram

Prevê-se ainda no artigo 78-A – em linha com as Diretivas de 2014 – a possibilidade de ser publicado o anúncio «Anúncio voluntário de transparência», ainda que a decisão de adjudicação tenha sido tomada na sequência de um procedimento de formação do contrato sem publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia. De salientar que, diversamente do «Anúncio de Adjudicação», que é publicado após a celebração do contrato, com o «Anúncio voluntário de transparência» divulga-se a intenção de celebrar o contrato.

<sup>12</sup> Os anúncios de adjudicação encontravam-se já previstos no n.º 3 do artigo 35.º da Diretiva 2004/18/CE, nos termos do qual se estabelecia que, no prazo de 48 dias após cada adjudicação, as entidades adjudicantes deviam enviar ao Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias um anúncio com os resultados das adjudicações efetuadas, nos casos em que a tal estão obrigadas.

<sup>13</sup> Sobre a promoção da publicidade e transparência através de meios eletrónicos, o nosso *A contratação pública electrónica na “nova geração” de directivas da União Europeia*, cf. Revista de Contratos Públicos n.º 11, Almedina, Coimbra, 2016.



excluídas, mas que, após a aplicação do critério de adjudicação não lograram obter a adjudicação<sup>14</sup> e (ii.) um conteúdo negativo, para aqueles concorrentes cujas propostas foram excluídas.

Ora, se, para estes dois últimos grupos de concorrentes, o ato de adjudicação não é suscetível de conferir qualquer vantagem, admitimos por evidente que, para os adjudicatários, o ato de adjudicação é um ato favorável, como tal, um ato que lhes confere direitos. É quanto à determinação destes (direitos) que se colocam dúvidas pertinentes: quais são, afinal, os direitos atribuídos aos adjudicatários pelo ato de adjudicação?

Uma perspetiva mais restritiva dos direitos concedidos pelo ato de adjudicação configurará este ato como um ato que faz emergir, unicamente, na esfera jurídica do adjudicatário, um direito à celebração do contrato<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> É certo que, constituindo o ato de adjudicação um ato de escolha também para aqueles concorrentes que, apesar de verem a sua proposta avaliada, se viram preteridos, o ato de adjudicação não deixa de constituir um ato desfavorável, pois não obtêm a adjudicação. Todavia, apenas se pretende afirmar que, para estes concorrentes, a rejeição da sua proposta ocorre por via indireta, por existir uma ou mais propostas capazes de satisfazer melhor o interesse da entidade adjudicante, não recaindo sobre estas um juízo de censura – podendo, inclusivamente, beneficiar da adjudicação no caso de caducidade da adjudicação anterior.

<sup>15</sup> Entre nós, BERNARDO AZEVEDO entende que «em face do regime estabelecido na nossa ordem jurídica para o ato de adjudicação/celebração do contrato, só a muito custo se pode transigir com a natureza ambivalente do ato de adjudicação, porquanto isso significaria reconhecer a esta decisão autoritativa da Administração a virtualidade de conformar definitivamente os termos da relação contratual a estabelecer, a ponto de degradar a celebração do contrato à simples condição de mera formalidade *ad probationem*. Ora, de harmonia com o CCP, a celebração do contrato apresenta-se, via de regra, como uma verdadeira formalidade *ad substantiam* ou *ad solemnitatem*, o que determina que a emergência do vínculo contratual, que passa a ligar a entidade adjudicante e adjudicatário, se deva filiar directa e imediatamente na celebração do contrato entre as partes e não deva, em caso algum, imputar-se simplesmente ao ato de adjudicação» – cf. BERNARDO AZEVEDO, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudo de Contratação Pública II*, p. 225.

Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE, a solução legal – constante do nosso CCP – «aceita a ideia fundamental de autonomia do contrato» – Cf. do Autor citado, “A propósito do Contrato Administrativo no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos comemorativos dos 10 anos da faculdade de Direito Nova de Lisboa*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2008, p. 351. Neste mesmo sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES afirma que o contrato administrativo «é celebrado no âmbito de um procedimento administrativo complexo, integrado por um procedimento prévio autónomo destinado à escolha do contratante» – Cf. do Autor citado, *O Contrato Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 139.

Por seu turno, uma interpretação mais abrangente dos direitos que emergem para os adjudicatários perspetivará este ato, não só como um ato que confere o direito à celebração do contrato, mas, também, o direito à execução do contrato.

Admitindo que o Código aponta para uma clara autonomia do ato de adjudicação face ao contrato – o que sempre defendemos –, não poderemos deixar de considerar (i.) que o Código é titubeante – utilizando uma linguagem mais popular, mas também mais impressiva: *dando uma no cravo e outra na ferradura* – e que (ii.) não se veem melhores razões para que se possa afirmar que o ato de adjudicação não constitui, na esfera do adjudicatário, um direito à execução do contrato – ainda que este direito não se encontre desligado do direito à celebração do contrato.

O Código é, desde logo, titubeante, porquanto admite, no seu artigo 95.º, a possibilidade de ser dispensada a redução a escrito dos contratos. Mais: observa, nesta matéria, uma evidência do que constituem as obrigações contratuais das partes no contrato, ao dispor no n.º 3 que «(q)uando a redução do contrato a escrito não tenha sido exigida ou tenha sido dispensada nos termos do disposto nos números anteriores, entende-se que o contrato resulta da conjugação do caderno de encargos com o conteúdo da proposta adjudicada». Do mesmo modo, é, ainda, titubeante, na medida em que, no seu n.º 1 do artigo 283.º dispõe que «(o)s contratos são nulos se a nulidade do ato procedimental em que tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo»<sup>16</sup>. Ou seja, neste caso, o legislador abdica, claramente, da ideia de existência de autonomia do contrato face aos atos procedimentais que lhe deram origem, o que não poderá deixar de se considerar indiciador da existência de uma relação umbilical entre o ato de adjudicação e o contrato.

Por seu turno, no sentido confirmativo de que o contrato não se encontra fechado (perfeito) com o ato de adjudicação, está a possibilidade, conferida pelo disposto no artigo 99.º do Código, de serem introduzidos ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar, pela entidade adjudicante. Na mesma linha, a existência de causas de caducidade da adjudicação – cuja ocorrência se efetivará, necessariamente, entre a adjudicação e a celebração do contrato – é um indicador de que o legislador pretendeu que o ato de adjudicação não

<sup>16</sup> A mesma linha segue, no n.º 2, no caso de virem a ser anulados os atos procedimentais em que tenha assentado a celebração do contrato.

constituísse, na esfera jurídica do adjudicatário, um direito à execução do contrato.

Dito isto, embora com dúvidas, entendemos que os argumentos que atribuem ao ato de adjudicação um (mero) direito à celebração do contrato – e, conseqüentemente, que apenas a celebração do contrato tem a virtualidade de conferir um direito à execução do mesmo –, não são melhores do que aqueles que poderão sustentar que com o ato de adjudicação nasce na esfera jurídica do adjudicatário um direito à execução da sua proposta.

Entendemos que assim é, não por uma perspetiva material do ato de adjudicação – isto é, de que, pelo menos do ponto de vista material, e no essencial, excluindo a hipótese de serem introduzidos ajustamentos ao contrato a celebrar, o negócio jurídico fica concluído pelo encontro de vontades – mas porque o direito à execução do contrato é uma consequência do – está inerente ao – direito à celebração do contrato.

É certo que esta perspetiva material poderia ser sustentada, efetivamente, na conceção do que se impõe ser o caderno de encargos e (para o que interessa) a proposta adjudicatária. Isto porque, por um lado (da entidade adjudicante), «o caderno de encargos (...) contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar» (n.º 1 do artigo 42.º do Código), de modo que, com a abertura de um procedimento, a entidade adjudicante, «vincula-se perante o público, ou perante os limitados destinatários quando for esse o caso, a levar avante o procedimento pré-contratual e, designadamente, a apreciar as propostas com a intenção de escolher a melhor»<sup>17</sup>. Por outro lado (do concorrente/adjudicatário), com a sua proposta «o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo». Assim, em qualquer dos casos, as declarações apresentadas (caderno de encargos e proposta) correspondem a uma declaração vinculante, objetivamente criada pelos declarantes.

Todavia, não se olvida ou desconhece que «toda a contratação administrativa é um negócio típico e formal, na medida em que se incluem nesta categoria tudo aquilo em relação ao qual a lei impõe a observância de certa forma ou de determinadas formalidades»<sup>18</sup> e que o legislador considera que são nulos os contratos a que falte algum dos elementos essenciais referidos

<sup>17</sup> Cf. Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 701.

<sup>18</sup> Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo, de 07.03.2013, proferido no âmbito do Processo n.º 09093/12.

nas alíneas a) a i) do n.º 1 do artigo 99.º do Código, o que sempre levará a concluir que havendo adjudicação sem contrato, não há mesmo contrato.

Só que, quanto a nós, o ponto é claramente outro: o direito de execução do contrato não é um direito distinto ou autónomo do direito à celebração do contrato. Entendemos que no direito à celebração do contrato está insito o direito de o executar. Pense-se que, na hipótese de a entidade adjudicante não proceder à celebração do contrato, está taxativamente previsto – o que nem seria preciso – que «o adjudicatário pode, em alternativa [à desvinculação], exigir judicialmente a celebração do contrato»<sup>19</sup> – cf. n.º 4 do artigo 105.º do Código. De modo que, se se permite ao adjudicatário obter judicialmente a condenação da entidade adjudicante à celebração do contrato, tal significará, igualmente, que o adjudicatário tem direito à sua execução. Na verdade, o direito à celebração do contrato não é um direito formal ou vazio, pois, se existe o direito à celebração do contrato, esse direito terá como consequência o direito (i.) de a entidade adjudicante ver satisfeita a necessidade que pretende satisfazer com a celebração do contrato e (ii.) o direito de o cocontratante o executar.

Ademais, a conclusão de que o direito à celebração do contrato não integra um direito à sua execução (porque a aquisição do direito de execução do contrato estará dependente da sua celebração), permitiria, igualmente, concluir, por coerência, que também a celebração do contrato não constituiria um direito à execução – porque existem formalidades a cumprir para que o contrato, depois de celebrado, possa produzir os seus efeitos. E sendo o contrato insuscetível de fazer produzir os seus efeitos<sup>20</sup>, também não se poderia

<sup>19</sup> A este respeito, é de salientar que, até à revisão, o Código não estabelecia um momento – entenda-se, obrigação temporal – para a aprovação e notificação ao adjudicatário da minuta do contrato, circunstância que inviabilizava estarmos perante um inadimplemento pela entidade adjudicante, naquela primeira fase, isto é, na fase que antecedia a notificação da minuta. Na revisão agora introduzida, veio prever que «(j)untamente com a notificação da decisão de adjudicação, o órgão competente para a decisão de contratar deve notificar o adjudicatário para [...] (s)e pronunciar sobre a minuta de contrato, quando este for reduzido a escrito» – cf. al. d) do n.º 2 do artigo 77.º do Código –, o que implica que, nesse momento, ele seja notificado da minuta do contrato.

<sup>20</sup> A propósito da eficácia do contrato, dispõe o n.º 1 do artigo 287.º do Código que a «plena eficácia do contrato depende da emissão dos atos de aprovação, de visto, de publicidade, ou de outros atos integrativos de eficácia exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de ato administrativo que o mesmo eventualmente substitua, no caso de se

afirmar (perspetiva com a qual não concordamos) que já haveria nascido na esfera jurídica do (a) cocontratante um direito à execução do contrato<sup>21</sup>, pois um contrato que não pode produzir os seus efeitos não é, na realidade, distinto de um contrato não celebrado.

Cumpramos ainda salientar a este respeito, que o que vem exposto não é colocado em causa pelo facto do legislador estabelecer distintos graus de direitos indemnizatórios, consoante se esteja no período anterior à adjudicação, posterior à adjudicação ou posterior à celebração do contrato. Não nos parece que possa servir de (bom) fundamento a argumentação de que caso caduque a adjudicação – portanto, entre o momento em que é notificado o ato de adjudicação e o momento da celebração – o adjudicatário só tem direito a indemnização pelo interesse contratual negativo, para sustentar que, do ponto de vista estritamente jurídico, o direito à celebração do contrato que nasce na esfera jurídica do adjudicatário com a adjudicação não incorpora o direito à sua execução. Com efeito, isso mesmo apenas vem disciplinar as regras do jogo, dando a conhecer aos concorrentes os direitos indemnizatórios que podem reclamar, caso venha a caducar a adjudicação, por causa que não lhes é imputável, sem, contudo, afetar o conteúdo do direito constituído.

Não se pode daí retirar qualquer ilação quanto aos direitos que emergem do ato de adjudicação. Veja-se que sempre estaria o legislador legitimado a prever que nestas situações não existiria qualquer direito indemnizatório – razão pela qual não existe uma, necessária, relação entre os direitos constituídos pelo ato de adjudicação e o critério delimitador do quantum indemnizatório.

Consideramos, portanto, que não existe uma cindibilidade de direitos – à celebração e à execução –, na medida em que o direito à celebração do contrato contém, em si, o direito à sua execução.

tratar de contrato com objeto passível de ato administrativo». Do mesmo modo, dispõe o n.º 3 do artigo 127.º do Código que a publicitação da celebração do contrato é condição de eficácia, independentemente da sua redução ou não a escrito, nomeadamente, para efeitos de quaisquer pagamentos.

<sup>21</sup> Não se desconhecem as discussões geradas pelo tema, cujo tratamento não cabe no presente texto. Não obstante, avança-se que não é para nós admissível que a falta de eficácia do contrato possa constituir um limite que restrinja o direito de o cocontratante executar o contrato.

### 2.3. Do dever de adjudicar

Questão diversa de saber quais são os direitos conferidos pelo ato de adjudicação, é aferir se existe um concreto dever de adjudicação. Nesta matéria, o Código optou por o manter na epígrafe do artigo 76.<sup>o</sup> – «dever de adjudicação» – e, bem assim, de determinar, expressamente, no seu n.º 1, que «o órgão competente para a decisão de contratar *deve* tomar a decisão de adjudicação» (itálico nosso).

Do referido normativo, não parecem existir dúvidas de que resulta, para a entidade adjudicante, esta obrigação/limitação: uma vez lançado o procedimento e recebidas as propostas<sup>22</sup>, nasce na entidade adjudicante o dever de adjudicar. A ser de outro modo, face às divergências que se colocam nesta matéria, nesta revisão ao Código, o legislador teria aproveitado a oportunidade para a rever e clarificar – o que não fez. Esse dever de adjudicação radica na ideia de que é necessário proteger as legítimas expectativas criadas no mercado com a abertura do procedimento de adjudicação.

Poderá afirmar-se, o que se nos afigura ter sentido, que não teria o legislador de admitir uma forma mais garantística do que aquela que se retira das relações de jurídicas de direito privado, caso pretendesse que não existisse um efetivo dever de adjudicar. Com efeito, aplicando aos procedimentos de

<sup>22</sup> Não existe uma clara indicação do legislador no sentido de se aferir do momento do nascimento desse dever de adjudicar, tanto mais que, conforme melhor se abordará, a alteração introduzida pela revisão, concretamente, nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 79.<sup>o</sup> do Código, é, nesta matéria, suscetível de adensar as dúvidas. Com efeito, na sua redação originária, dispunha a al. c) do n.º 1 do artigo 79.<sup>o</sup> do Código que, não há lugar a adjudicação quando, por «circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento *após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas*» (itálico nosso) – disposição que, na parte em itálico, era coincidente com a al. d) do mesmo artigo. Ora, o legislador, ao retirar esta precisão, torna legítima a interpretação de que o dever de adjudicação nasce para a entidade adjudicante a partir do momento que dá publicidade ao procedimento, isto é, a partir do momento em que noticia as condições em que se dispõe a contratar. Não obstante, neste ponto, acompanhamos BERNARDO AZEVEDO e JOANA DURO que, dando nota desta alteração introduzida à redação das alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 79.<sup>o</sup>, afirmam que «só faz sentido falarmos de um “dever de adjudicação” desde o momento em que, literalmente, “exista o que adjudicar” e, portanto, desde o momento em que termina o prazo para a entrega de todas as propostas» – cf. dos citados Autores, in AA.VV. *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, Coimbra, 2016, página 62 (disponível em [www.cedipre.fd.uc.pt](http://www.cedipre.fd.uc.pt)).

formação de contratos públicos a doutrina já estabilizada no direito civil, relativa à distinção entre proposta a contratar ou um convite a contratar, por forma a aferir se a abertura de um procedimento imporá às entidades adjudicantes um dever de adjudicar, concluiríamos que tal dever não existiria, considerando que o procedimento aquisitivo constituiria um convite a contratar.

Para que a abertura de um procedimento de formação de contrato pudesse constituir uma proposta a contratar<sup>23</sup>, esta teria de reunir três requisitos: ser completa; revelar a intenção inequívoca de celebração do contrato; *revestir a forma requerida para o contrato*<sup>24</sup>. Tal significaria que, aplicando aos procedimentos de contratação pública este entendimento, seríamos impelidos a concluir que não existiria neles uma proposta a contratar, mas antes um convite a contratar<sup>25</sup> e, conseqüentemente, que não nasceria para a entidade adjudicante, com a abertura do procedimento, um “dever de contratar/adjudicar”.

Todavia, como já se deixou exposto, o legislador entendeu fazer de forma diferente, criando na esfera jurídica das entidades adjudicantes uma obrigação, emergente da abertura de um procedimento de formação de contrato: o “dever de adjudicar”. Admitimos que esse posicionamento do legislador resulte da consciência de que os procedimentos pré-contratuais levados a cabo pelas

<sup>23</sup> Pelo menos nas situações em que é legalmente exigida a celebração do contrato, na medida em que se entende por proposta a contratar a declaração feita por uma das partes que, uma vez aceite pela outra, dá lugar à formação do contrato.

<sup>24</sup> Cf., neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, vol. I, p. 440. No mesmo sentido escreve PESSOA JORGE: «Para que haja uma proposta de contrato é necessário que a respectiva declaração reúna os seguintes requisitos: 1º – exprima uma vontade séria e definitiva de contratar; 2º – contenha, pelo menos, os elementos essenciais específicos do contrato em causa; 3º – possua a forma do mesmo contrato. A proposta deve, portanto, ser tal que com a aceitação se fecha o contrato. Se faltar à proposta algum desses requisitos, ela não pode ser considerada como tal, mas simplesmente como convite para contratar, ou seja, como acto tendente a provocar uma proposta» cf. o citado Autor, *Direito das Obrigações*, p. 182.

<sup>25</sup> Versando especificamente sobre a qualificação dos procedimentos de formação de contratos (públicos) salienta ANTUNES VARELA (*Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª Ed., p. 227, nota 3) que: «Para que haja, em bom rigor, uma proposta contratual, é preciso que a declaração da parte cubra de tal modo os pontos essenciais da negociação, que a resposta afirmativa da outra parte baste para encerrar o acordo vinculativo por elas visado. Se na declaração inicial o autor deixa em branco um desses pontos (v.g., o preço da coisa que pretende vender) é porque pretende apenas, por via de regra, convidar o destinatário a fazer uma proposta contratual. *Como simples provocação de proposta contratuais devem ainda ser considerados o concurso para adjudicação de empreitada de obras pública*» (itálico nosso).

entidades adjudicantes são proceduralmente exigentes, convocando aos interessados um consumo de tempo e recursos extravagante, face aos típicos procedimentos pré-contratuais de génese privada.

Por tal motivo, poderá ter considerado que a forma de garantir a apresentação de melhores propostas – isto é, de não afastar potenciais propostas, com fundamento na incerteza da atuação das entidades adjudicantes – seria a de gerar nas entidades adjudicantes uma obrigação de adjudicar, confortando os operadores económicos, através da salvaguarda das suas propostas, confirmando que, se a sua proposta for a melhor, obterão a adjudicação do contrato.

Portanto, não se afigura, quanto a nós, subsistirem dúvidas de que, efetivamente, o legislador pretendeu “amarrar” as entidades adjudicantes aos procedimentos pré-contratuais por elas abertos.

Mas esta opção do legislador não significou deixar as entidades adjudicantes incondicionalmente “algemadas” ao procedimento<sup>26</sup>.

Por considerar que a realidade é mutável e que as entidades adjudicantes nem sempre perspetivam da melhor maneira quais e de que forma pretendem satisfazer as suas necessidades, cuidou de discriminar as situações em que “cessa” o dever de adjudicação pela entidade adjudicante, o que permite afirmar que este não é um dever absoluto. Efetivamente, independentemente dos procedimentos aquisitivos levados a cabo pelas entidades adjudicantes constituírem um meio de salvaguardar a concorrência de mercado (seja esta perspetivada no âmbito do mercado interno da União Europeia – através das Diretivas – seja no âmbito do mercado de cada um dos Estados-membros

<sup>26</sup> Acrescente-se, a este propósito, que o Tribunal de Justiça teve já, em diversos processos, oportunidade de salientar que «o direito da União não se opõe a que os Estados Membros prevejam, na sua legislação, a possibilidade de adotar uma decisão de anulação de um concurso». Mais salientando que «os motivos dessa decisão de anulação podem fundar-se em razões relacionadas, designadamente, com a apreciação da oportunidade, do ponto de vista do interesse público, de levar a termo um procedimento de adjudicação, tendo em conta, entre outros, a eventual alteração do contexto económico ou das circunstâncias factuais, ou ainda as necessidades da entidade adjudicante em causa. Tal decisão pode também ser motivada pelo nível insuficiente de concorrência, devido ao facto de, no termo do procedimento de adjudicação do contrato em causa, só ficar um proponente apto a executar esse contrato». Concluindo que uma entidade adjudicante não pode ser obrigada a levar a termo um procedimento de adjudicação iniciado e adjudicar o contrato em causa, mesmo com o único proponente que continuou no concurso – cf. Acórdão do TJUE, de 11.12.2014, proferido no âmbito do Processo C-440/13.



– através da sua legislação interna), é imperioso ter sempre presente que a contratação pelas entidades adjudicantes tem o claro objetivo de satisfazer as necessidades públicas. Deste modo, nas situações em que a entidade adjudicante, fundamentadamente, perceciona que as suas necessidades não serão devidamente satisfeitas, poderá pôr termo ao procedimento<sup>27</sup>.

Por tal motivo, no artigo 79.º prevê o conjunto de situações em que aquele dever deixa de existir. Nessas situações, as entidades adjudicantes terminam o procedimento, não com um ato de adjudicação, mas com um ato de extinção do procedimento/não adjudicação.

#### 2.4. A notificação do ato de adjudicação

Concluindo-se o procedimento com um ato de adjudicação, haverá lugar à notificação desse ato a todos os concorrentes. Nesta matéria, a alteração mais relevante resulta da (nova) al. d) do n.º 2 do artigo 77.º do Código, nos termos da qual se dispõe que, com a notificação do ato de adjudicação, o adjudicatário é notificado para se «(s)e pronunciar sobre a minuta de contrato, quando este for reduzido a escrito»<sup>28</sup>. Este era um aspeto que carecia de regulamentação, na medida em que não resultava do Código qualquer norma que o explicitasse. Refira-se que esta omissão – agora corrigida – tinha um alcance prático relevante, desde logo, porque, não estando especificamente determinado o momento em que deveria ser realizada a notificação da minuta do contrato, a sua falta dificilmente poderia sustentar uma medida contenciosa pelo adjudicatário, no sentido de obter essa notificação.

<sup>27</sup> Além destas situações, estão ainda previstas outras, que decorrem dos próprios circunstancialismos do procedimento. Da análise do disposto nas alíneas do n.º 1 do artigo 79.º do Código e seguindo-se aqui o entendimento de que só as causas no mesmo elencadas permitem a não adjudicação, encontramos duas classes de justificações para o não prosseguimento do processo concursal: as subjetivas, que têm a ver com os próprios concorrentes ou com a qualidade das propostas que apresentam; e as imputáveis ao interesse público, independentemente dos candidatos ou da valia técnica e/ou financeira das suas propostas – cf. Acórdão do TCA Sul, de 19.06.2015, proferido no âmbito do Processo n.º 00336/14.3BEPRT.

<sup>28</sup> O disposto no artigo 77.º do Código encontra-se em clara articulação com o disposto no n.º 1 do artigo 98.º, nos termos do qual se prevê que: «Nos casos em que a celebração do contrato implique a sua redução a escrito, a respetiva minuta é aprovada pelo órgão competente para a decisão de contratar em simultâneo com a decisão de adjudicação».

De salientar, ainda, a propósito da notificação do ato de adjudicação, que essa notificação não se basta – como recorrentemente sucede – com a notificação do Relatório Final e com uma mensagem colocada na plataforma eletrónica (caso seja este o meio de tramitação do procedimento), com uma informação de que foi adjudicado o contrato. Essa informação/mensagem tem necessariamente de ser acompanhada do ato de adjudicação emitido pelo órgão competente para a decisão de contratar<sup>29</sup>. Como não poderia deixar de ser, o ato de adjudicação é um elemento essencial, sem o qual a notificação deverá ser tomada por ineficaz<sup>30</sup>.

## 2.5. A adjudicação após o termo do prazo de manutenção das propostas

Frequentemente, a decisão de adjudicação é tomada para além do termo do prazo de manutenção das propostas, em “violação” do disposto no n.º 1 do artigo 76.º do Código, nos termos do qual se impõe que a decisão de adjudicação deve ser notificada «aos concorrentes até ao termo do prazo da obrigação de manutenção das propostas».

Nestas circunstâncias, dispõe o n.º 3 do artigo 76.º do Código que quando a decisão de adjudicação for tomada e notificada aos concorrentes após o termo do prazo de manutenção das propostas, a entidade adjudicante deve indemnizar o concorrente que recuse a adjudicação.

<sup>29</sup> Isto mesmo resultou (e bem) do Acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo Norte, de 13.01.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 00425/16.0BECBR: «A comunicação que, com intenção de notificação da adjudicação aos concorrentes, se limita a anexar o relatório final do júri do concurso, com a mera menção em epígrafe “comunicação da adjudicação”, desprovida de qualquer outro elemento que permita concluir pela existência e pelo sentido de eventual decisão de adjudicação, não permite ao seu destinatário saber, em termos relevantes à sua oponibilidade aos interessados, (a) se no caso foi efectivamente adoptado um acto administrativo de adjudicação e (b) qual o sentido da decisão (que não se queda, no caso, apenas pelo sentido da efectiva adjudicação ou não adjudicação, mas também saber qual a proposta adjudicada)»

<sup>30</sup> Neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM afirmam que «a solução legal, lida à luz do n.º 3 do 268.º da Constituição, compreende-se pelo absurdo jurídico que seria exigir de uma determinada pessoa o cumprimento da respectiva imposição – e sancioná-la pela sua inobservância – sem estar assegurado que ela tomou conhecimento efectivo do acto» – cf. dos citados Autores, *Código de Procedimento Administrativo – comentado*, Coimbra: Almedina, 2.ª edição, 2006, p. 352.

Sem prejuízo da componente indemnizatória, impõem-se questionar se, nessa circunstância, se mantém o dever de adjudicar, neste caso, à proposta graduada em lugar subsequente. O Código não nos fornece nesta matéria uma norma expressa<sup>31</sup>, limitando-se a prever que «a decisão de adjudicação pode ser tomada e notificada aos concorrentes após o termo do prazo referido no número anterior, sem prejuízo do direito de recusa da adjudicação pelo concorrente cuja proposta foi a escolhida» – cf. n.º 2 do artigo 76.º do Código.

Todavia, partindo do pressuposto de que existe um dever de adjudicar, a solução a adotar será a de adjudicar à proposta graduada em lugar subsequente, pois, desde que existam propostas que não tenham sido excluídas, a satisfação da necessidade que justificou o lançamento do procedimento de formação do contrato é, ainda, possível. Admite-se, no entanto, uma visão mais restritiva: nos casos em que o preço constitua um aspeto de avaliação relevante, existindo uma diferença substancial de preço entre a proposta que havia sido adjudicada e a proposta graduada em lugar subsequente, poderá entender-se que existe violação de normas financeiras. Apesar de ser uma solução possível, consideramos que não deverá ser acolhida, devendo dar-se prevalência à execução do contrato. Tal não significa que, não possa ser aberto um procedimento por responsabilidade financeira sancionatória, tendo em consideração a lesão do erário público que possa ter sido originada, medida que terá um carácter de prevenção geral, sem que, contudo, se inviabilize a execução do contrato.

## 2.6. Do ato de extinção do procedimento/não adjudicação

Como terminámos o ponto anterior, nem sempre o procedimento se extingue com o ato de adjudicação, pois, verificadas as causas que melhor analisaremos no ponto seguinte, a entidade adjudicante pode (ou tem de) não adjudicar.

<sup>31</sup> Diferentemente, a respeito da caducidade da adjudicação – por facto imputável ao adjudicatário por não entrega dos documentos de habilitação –, dispõe o n.º 4 do artigo 86.º do Código que «(n)os casos previstos nos números anteriores [não apresentação dos documentos de habilitação], o órgão competente para a decisão de contratar deve adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente».

O ato de não adjudicação, à semelhança do ato de adjudicação, também tem um conteúdo variável, pois poderá conter, simplesmente, uma decisão (o próprio ato de não adjudicação) ou conter diversas decisões que, conjuntamente, culminam num ato de não adjudicação.

Teremos um ato de não adjudicação singular, nas situações em que a decisão de não adjudicação não está relacionada com o mérito das propostas apresentadas, de que são exemplo as causas de não adjudicação previstas nas alíneas a), c), d) e g) do n.º 1 do artigo 79.º do Código. Teremos um ato de não adjudicação plúrimo, no caso das causas de não adjudicação se fundamentarem nas alíneas b), e) e f) no n.º 1 daquele artigo, considerando que essa decisão implicará um juízo de mérito (seja ele material ou formal) sobre cada uma das propostas apresentadas, que, conjuntamente, determinarão a existência de uma causa de não adjudicação.

Da mesma forma, as causas de não adjudicação poderão ser analisadas tendo em consideração a existência de um juízo de oportunidade ou de legalidade das propostas. Assim, a causa de não adjudicação prevista na al. b) do n.º 1 do artigo 79.º do Código, tem, claramente, insito um juízo de legalidade. Efetivamente, estando em causa a existência de causas de exclusão da ou das propostas apresentadas, o juízo a realizar pela entidade adjudicante é unicamente um juízo de legalidade, de mera apreciação da verificação das mesmas. Por outro lado, as causas de não adjudicação previstas nas alíneas e) e f) têm subjacente um claro juízo de mérito/oportunidade, a ideia de que as propostas apresentadas não servem (devidamente) as necessidades a satisfazer.

É ainda possível traçar uma outra distinção entre as causas de não adjudicação, tendo em consideração a maior ou menor discricionariedade que lhes está subjacente. A entidade estará necessariamente vinculada à não adjudicação quando se verificarem as situações previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 79.º do Código. Já nas circunstâncias previstas nas alíneas e) e f), porque, como dissemos, implicam um juízo de oportunidade, existe uma ampla margem de discricionariedade na apreciação daquelas causas de não adjudicação pelas entidades adjudicantes. Mais difícil se torna aferir se, no caso das alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 79.º do Código, existe, ou não, um juízo discricionário das entidades adjudicantes. Tenderemos a considerar que, efetivamente, o juízo a realizar é discricionário. Isso não significa que, nas situações em que a entidade adjudicante verificar que existam aquelas causas de não adjudicação, não deva praticar um ato que ponha termo ao procedimento,

sem adjudicar. E será assim, na medida em que, tendo a execução de um contrato público em vista a satisfação de necessidades, caso a entidade adjudicante perceçione que não ponderou devidamente as circunstâncias ou que existem circunstâncias supervenientes à decisão de contratar que condicionam a melhor satisfação das suas necessidades, deverá terminar o procedimento, sob pena de não estar a prosseguir o interesse público<sup>32</sup>. Efetivamente, da mesma forma que existe um dever de adjudicação, nas situações em que se verifique que a construção das peças do procedimento – mormente do caderno de encargos – não foi adequada ou se tornou desadequada, o princípio da prossecução do interesse público, da eficácia e da economia procedimental, mais do que conferir um poder, imporá à entidade adjudicante que termine com o procedimento.

Ainda a respeito do disposto no artigo 79.º do Código, concretamente, das causas de não adjudicação, sobrevêm algumas questões: é exaustiva a enunciação prevista no artigo 79.º do Código ou são permitidas outras causas suscetíveis de suportar uma decisão de não adjudicação? O facto fundamentador da possibilidade de fazer cair o dever de adjudicação pode ser anterior à decisão de contratar? O ato de não adjudicação justificará, necessariamente, a audiência dos concorrentes?

Quanto à primeira questão, pelo que já acima expusemos, não vemos fundamento para, em regra, perspetivar que possam ser admitidas outras causas de não adjudicação distintas daquelas que se encontram previstas. Entendemos, portanto, que a enumeração apresentada é taxativa, devendo, em consequência, as decisões de não adjudicação conformar-se com as hipóteses previstas pelo legislador. Fora destas situações, em princípio, não poderá a entidade fazer cair o procedimento, esquivando-se à adjudicação<sup>33</sup>. Não vemos que outros motivos,

<sup>32</sup> É certo que, em qualquer daqueles casos, poderá sempre a entidade adjudicante – caso ainda esteja a decorrer o prazo de apresentação das propostas – alterar as mesmas, ao abrigo do artigo 50.º do Código, e sendo caso disso – o que sempre sucederá no caso da al. c) do n.º 1 do artigo 79.º do Código – prorrogar o prazo de apresentação das propostas, nos termos do n.º 2 do artigo 64.º do Código.

<sup>33</sup> No sentido de que as causas de não adjudicação têm um carácter exemplificativo, o Acórdão do TCA Sul, de 10.10.2013, proferido no âmbito do Processo n.º 10318/13. No referido acórdão decidiu-se que:

«III – O 79.º do CCP não é taxativo, mas meramente exemplificativo.

IV – É lícito à entidade contratante decidir pela não adjudicação por razões de interesse público, devidamente fundamentado, relativo à circunstância de se ter aberto um concurso

para além dos já previstos no artigo 79.º do Código, justificarão que se afirme que as causas de não adjudicação previstas são meramente exemplificativas, na medida em que as previstas, principalmente, as das al. c) e d), abarcarão, os fundamentos suficientes. Admitimos, todavia, porque as situações que se vão colocando ao decisor público no âmbito de um procedimento adjudicatório serão mais vastas do que aquelas que podemos antever, que, verificando-se uma circunstância que não tenha enquadramento naquelas, taxativamente, previstas, possa ser tomada uma decisão de não adjudicação. Com efeito, perante a revelação de uma circunstância que venha a inviabilizar a execução do contrato não pode a entidade adjudicante ficar de “braços cruzados” ou de “braços amarrados” à celebração de um contrato que irá, imediatamente após a sua celebração, resolver. Para quem, como nós, considera que os princípios são uma forma de intervir onde a norma não intervém, também nesta circunstância os princípios da prossecução do interesse público, da eficácia e da economia procedimental poderão sustentar uma não adjudicação para lá das situações legalmente previstas. Incumbirá, nesse caso, à entidade adjudicante demonstrar que a adjudicação do contrato e a sua posterior celebração – por tornar inútil o contrato celebrado (ou por outra, a celebrar) – constituiriam uma violação daqueles princípios.

Quanto à segunda questão (sobre se o facto fundamentador do ato de não adjudicação poder ser anterior à decisão de contratar), a resposta sempre dependerá da concreta causa fundamentadora da não adjudicação<sup>34</sup>. Com

através da central de compras, com vista a obter uma economia de escala e poupanças, mas face às propostas que foram apresentadas, todas consideradas com um preço anormalmente baixo, acabou por se manter no concurso uma única concorrente, cuja proposta apresenta um preço muito superior aquele que resulta da análise comparativa para o mesmo tipo de serviço, face aos dois anos anteriores, e ainda, porque tal contratação poderia conduzir a uma situação de monopólio no fornecimento do serviço a favor dessa empresa.

V – A circunstância de se verificar, após a abertura do concurso, que todos os concorrentes têm de ser excluídos, menos um, porque apresentavam uma proposta com um preço anormalmente baixo, é algo superveniente à abertura do próprio concurso, à vontade de contratar».

<sup>34</sup> Conforme já tivemos oportunidade de evidenciar, uma das alterações introduzidas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 79.º foi a supressão da limitação imposta quanto ao momento da ocorrência do facto gerador da causa de não adjudicação. Na versão anterior do Código, previa-se que a circunstância suscetível de despoletar aquelas concretas causas de não adjudicação teria de ocorrer «após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas». O legislador, na revisão, deixou cair esta específica previsão a determinação do momento a partir do qual poderia ocorrer o fundamento gerador da causa de adjudicação.

efeito, o facto de os fundamentos/circunstâncias que justificam a existência de causa de não adjudicação serem distintos, faz com que não seja identificável um único momento para a identificação das causas de exclusão desse dever.

Quanto à terceira questão – necessidade de realizar audiência prévia –, também a resposta dependerá, forçosamente, da causa de não adjudicação verificada. Consideramos não se suscitarem quaisquer dúvidas de que, nas situações em que não tenham sido apresentadas candidaturas ou propostas, portanto, em que existe uma absoluta falta de intervenientes no procedimento, não há lugar a qualquer audiência prévia. Igualmente evidente, embora em sentido oposto, isto é, de que os concorrentes terão de ser chamados, querendo, a pronunciar-se no procedimento, ocorrerá nas situações em que forem excluídas todas as propostas. Neste caso, não haverá uma notificação autónoma antes da prática do ato de não adjudicação pelo órgão competente para a decisão de contratar, já que essa audiência prévia será garantida entre Relatórios (preliminar e final) produzidos na fase de instrução do procedimento – exceto, claro, se para o procedimento não estiver prevista a elaboração dos Relatórios, caso do procedimento de ajuste direto. Existem, depois, as causas de não adjudicação que, a verificarem-se, tornam a solução mais nebulosa. Até porque, dependendo da concreta circunstância que venha a ocorrer, poderá justificar-se, em maior ou menor medida, ser concedida aos candidatos/concorrentes a possibilidade de se pronunciarem – nos casos das alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 79.º do Código, poderemos estar perante uma decisão decorrente de uma imposição legal ou de reponderação do interesse público, caso em que se afigurará dispensável a audiência prévia<sup>35</sup>.

## 2.7. As causas de não adjudicação – n.º 1 do artigo 79.º do Código

No proémio do n.º 1 do artigo 79.º do Código, o legislador introduziu uma alteração que não se afigura de todo desprovida de sentido, ao dispor que “(n)ão há lugar a adjudicação, *extinguindo-se o procedimento*” (itálico nosso). Diremos que o ato que decide qualquer procedimento, seja no sentido positivo, seja no sentido negativo, como o é o ato de não adjudicação, tem a virtualidade

<sup>35</sup> É de evidenciar que, ainda que se trate de uma imposição legal, os concorrentes poderão ter uma palavra a dizer, pois poderá a entidade adjudicante não estar a perceber devidamente o teor da norma que justificaria o termo do procedimento sem a adjudicação.

de o extinguir<sup>36</sup>, podendo ser redundante tal inserção, todavia, permitirá incluir precisão terminológica.

Tanto mais que existem causas de não adjudicação que não dependem de uma decisão discricionária da entidade adjudicante, como é o caso da prevista na al. a) do n.º 1 do artigo 79.º do Código – aplicável às situações em que «(n)enhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta». Esta al. a), mais do que uma causa de não adjudicação, constituirá uma causa de extinção do procedimento, pois como referem BERNARDO AZEVEDO e JOANA DURO «(d)iscutir e pensar “causas de não adjudicação” deveria supor, em primeira linha, a possibilidade de existir, de facto, uma qualquer adjudicação no caso em apreço, o que não acontece. Se o procedimento não conhece nenhum candidato [acrescentamos, ou concorrente], o mesmo têm-se por “deserto” e extingue-se naturalmente»<sup>37</sup>.

O que vem dito pelos citados Autores valerá, também, para a alteração introduzida, concretamente, na alínea c) do n.º 1 do artigo 79.º do Código, da qual foi retirada a referência “*após o termo do prazo fixado para apresentação das propostas*”, pois só fará sentido falar na existência de uma causa de não adjudicação caso o fundamento ocorra após a apresentação da proposta<sup>38</sup>. É que, se bem se vê, não está em causa se o motivo que justifica a necessidade de alteração das peças do procedimento ocorreu antes, durante ou após o prazo de apresentação das propostas, o que importava para o efeito é que se tornasse necessário alterar aspetos fundamentais das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, reiterar-se, independentemente de o momento em que o facto ocorreu – o que é distinto do

<sup>36</sup> Este é, inclusivamente, o sentido que resulta do artigo do CPA, o qual dispõe que «O procedimento *extingue-se pela tomada da decisão final* ou por qualquer dos outros factos previstos no presente Código». Inclusivamente, o ato de adjudicação – que é suscetível de transportar os seus efeitos pelo menos para a fase de habilitação –, não deixa de ser um ato que põe termo ao procedimento.

<sup>37</sup> cf. dos citados Autores, in A.A.VV. *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, Coimbra, 2016, p. 63 (disponível em [www.cedipre.fd.uc.pt](http://www.cedipre.fd.uc.pt)).

<sup>38</sup> Aliás, esse acerto terminológico já resultava previsto no n.º 2 do artigo 80.º do Código (revogado pelo Decreto-lei n.º 111-B/2017): «Quando as circunstâncias previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo anterior ocorrerem entre o início do procedimento e o termo do prazo de apresentação das propostas, a decisão de contratar também pode ser revogada».



que resultava da al. d) do n.º 1 do artigo 79.º do Código, em que o que estava em causa era o momento em que ocorreu o facto<sup>39</sup>.

De referir, a respeito desta al. c), ser nosso entendimento que é indiferente que as circunstâncias imprevistas sejam ou não imputáveis à entidade adjudicante, basta, simplesmente, que ocorram. De outro modo, estar-se-ia a “obrigar” a entidade adjudicante a levar a efeito um procedimento cuja execução ficaria inviabilizada. E será assim porque a expressão “imprevista” não é confundível com qualquer imprevisibilidade. Existirá uma situação imprevista quando a entidade adjudicante, apesar de poder ou ter a obrigação de poder prever, simplesmente não previu. De outro lado, existirá uma situação imprevisível nas situações em que a entidade adjudicante preparou o procedimento de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível e ocorreu um facto que não seria expectável<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Sustentam, ainda, BERNARDO AZEVEDO e JOANA DURO a este propósito que: «Na medida em que a existência de propostas (sérias e firmes), como se disse, deveria ser *condição sine qua non* para se pensarem causas de não adjudicação. Mais, não só a nova redação da alínea c) é completamente desconforme com esse princípio, como também parece querer ignorar que alterando-se os pressupostos fundamentais das peças do procedimento, estamos a discutir e pensar, também por força da aplicação do n.º 3 do mesmo artigo, num novo procedimento, pelo que ali não se configura uma causa de não adjudicação, mas, e outra vez, uma causa de extinção do procedimento precedida por uma obrigação (que, aliás, pode não ter qualquer fundamento, se estiverem em causa circunstâncias que obstam à existência de um procedimento com o mesmo objeto ou até ao próprio interesse em contratar) de dar início a um novo procedimento» – cf. dos citados Autores, in AA.VV. *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, Coimbra, 2016, p. 64 (disponível em [www.cedipre.fd.uc.pt](http://www.cedipre.fd.uc.pt)).

<sup>40</sup> Pense-se no seguinte exemplo: foi aprovada, em Conselho de Ministros, a construção de uma barragem, que implicaria a inundação de uma grande área de terreno onde se situavam diversas habitações e serviços, incluindo, serviços públicos e, bem assim, a transferência daqueles para uma área adjacente à área inundável. Posteriormente, no âmbito da implementação de uma política de reforma das instalações hospitalares, foi igualmente aprovada, em Conselho de Ministros, a intervenção em diversas unidades hospitalares, de entre as quais, uma que se situava na área a inundar pela barragem a construir. É lançado o procedimento de formação de contrato para a reabilitação daquela unidade hospitalar e, posteriormente ao termo do prazo de apresentação das propostas, a entidade adjudicante percebe que aquela unidade hospitalar será afetada pela área a inundar com a entrada em atividade da barragem. Neste

Distinto do que se afirmou a respeito da supressão na al. c) do n.º 1 do artigo 79.º do Código, a supressão da referência ao prazo, na al. d) do n.º 1 do referido artigo, tem um carácter relevante, pois está aqui em causa o momento em que ocorreu o facto gerador da causa de não adjudicação. Com efeito, na redação anterior, previa-se que não haveria lugar a adjudicação quando «(c)ircunstâncias supervenientes ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, relativas aos pressupostos da decisão de contratar», o justificassem. Com a alteração introduzida, deixou de ser relevante se essas circunstâncias ocorreram ou não após o termo do prazo para apresentação das propostas, bastando que sejam supervenientes e relativas à decisão de contratar. Ficará, no entanto, a questão: qual é o momento relevante para averiguar da superveniência da circunstância justificativa daquela causa de não adjudicação? Não temos, neste ponto, dúvidas em afirmar que o momento relevante a partir do qual esta causa de não adjudicação pode verificar-se é a partir da decisão de contratar. Significa isto que, poderá ser fundamento de aplicação da al. d) do n.º 1 do artigo 79.º do Código a existência de qualquer causa superveniente à decisão de contratar.

Ainda a propósito das causas de não adjudicação, as alterações introduzidas não se bastaram com alterações pontuais (ainda que não irrelevantes) que agora versamos, verificando-se a introdução de novas causas de não adjudicação.

Dispõe a al. e) do n.º 1 do artigo 79.º do Código que, não haverá lugar a adjudicação quando «nos casos a que se refere o n.º 5 do artigo 47.º, a entidade adjudicante considere, fundamentadamente, que todos os preços apresentados são inaceitáveis»<sup>41</sup>. Assim, no caso dos procedimentos em que não é

caso, existe (i) um facto anterior à abertura do procedimento – e, inclusivamente, à decisão de contratar – com vista à remodelação daquela unidade hospitalar, facto esse (ii) que poderia ser previsto pela entidade adjudicante. Tal circunstância, entendemos, não poderá afastar a possibilidade da entidade adjudicante praticar um ato de não adjudicação.

<sup>41</sup> Esta previsão passa a abranger outros casos, além do ajuste directo com convite a uma única entidade. No Anteprojeto de revisão ao Código, esta norma figurava na al. h), enquanto na al. e) o legislador tinha adaptado a al. e) em vigor até à entrada em vigor do Código revisto. Assim, na sua formulação anterior, dispunha-se que não haveria lugar a adjudicação quando no «procedimento de ajuste directo em que só tenha sido convidada uma entidade e não tenha sido fixado preço base no caderno de encargos, o preço contratual seria manifestamente desproporcionado». Já no Anteprojeto, adaptando esta norma à introdução do procedimento de consulta prévia, passou a prever-se que não haveria lugar a adjudicação quando, nos

indicado um preço base (o que é possível, nos termos do n.º 5 do artigo 47.º), a entidade adjudicante pode optar por não adjudicar se entender que os preços são, para ela, inaceitáveis. Percebendo a intenção do legislador no sentido de proteger o interesse público-económico (ou financeiro) das entidades adjudicantes, não poderemos deixar de assumir as maiores reservas quanto a esta causa de não adjudicação.

Com efeito, o preço base, como qualquer outro parâmetro base, tem o objetivo de limitar os operadores económicos a não apresentarem propostas indesejáveis do ponto de vista dos interesses que se pretendem salvaguardar – sejam eles, entre outros, financeiros, técnicos ou temporais. Deste modo, alinhamos na ideia de que «se a entidade adjudicante pretende ver a sua disponibilidade orçamental protegida perante propostas de preço excessivo, deve precaver-se através da fixação de um preço base adequado; se, pelo contrário, se abster de o fazer, então informa implicitamente o mercado de que aceitará qualquer preço que lhe seja proposto (desde que o preço não seja ilícito por violação das regras relativas ao valor do contrato ou ao regime de autorização de realização de despesas públicas), não sendo o mecanismo das causas de não adjudicação a resposta adequada para a sua omissão»<sup>42</sup>. Acresce ainda que o n.º 5 do artigo 47.º do Código impõe a não fixação do preço base apenas em «casos excecionais, devidamente fundamentados». Ora, tendo em consideração esta al. e) do n.º 1 do artigo 79.º que impõe que, *fundamentadamente*, a entidade adjudicante sustente que todos os preços apresentados são inaceitáveis, não se antevê como é que se poderá afirmar uma contra-fundamentação, face à fundamentação que justificou o afastamento de um preço base nas peças do procedimento (nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 47.º do Código).

A al. g) vem tratar o problema dos acordos-quadro e trazer para a letra da lei algo que já se fazia em alguns procedimentos para a formação do acordo quadro: não haverá lugar a adjudicação quando «(n)º procedimento para a celebração de acordo-quadro com várias entidades o número de candidaturas ou propostas apresentadas ou admitidas seja inferior ao número mínimo previsto no programa de concurso».

«procedimentos de consulta prévia e ajuste direto, o preço contratual seria manifestamente desproporcionado»

<sup>42</sup> Cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNÁNDEZ SANCHEZ, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2016, p. 68.

### 3. Da habilitação e da caução

Conseguida a adjudicação da proposta, entra-se numa nova fase procedimental, a da apresentação dos documentos de habilitação e prestação da caução.

Em matéria de habilitação, as alterações introduzidas ao Código foram pontuais e tiveram em vista, principalmente, a harmonização com a Diretiva de 2014 (artigo 59.º da Diretiva 2014/24/CE – *Documento Europeu Único de Contratação Pública*).

Do ponto de vista sistemático, salienta-se a opção do legislador de subtrair ao Código a definição das regras e dos termos de apresentação dos documentos de habilitação pelo adjudicatário no âmbito de procedimentos de formação de contratos públicos, autonomizando-as, através da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro. Não tendo trazido relevantes alterações de conteúdo, não pode deixar de se censurar a opção do legislador de retirar do Código as normas regulamentadoras da apresentação dos documentos de habilitação, porquanto, (i.) não se vê qualquer vantagem – a autonomização poderia ser justificada pela necessidade de criar um corpo normativo mais extenso e musculado, mas não se afigura ter sido o caso, na medida em que a Portaria tem sete artigos<sup>43</sup> – e (ii.) é suscetível de gerar dificuldades no intérprete – veja-se, a este propósito, que o artigo 7.º da Portaria prevê a entrada em vigor a 1 de janeiro de 2018, sem esclarecer se é aplicável aos procedimentos em curso<sup>44</sup>. Nesta matéria (fase de habilitação) a alteração a salientar decorre não de uma alteração das normas relativas aos documentos de habilitação,

<sup>43</sup> Neste ponto afastamo-nos de BERNARDO AZEVEDO e JOANA DURO que, a respeito do n.º 2 do artigo 81.º do Código, mencionam que é «de notar a preocupação do legislador em condensar em diploma próprio um conjunto de requisitos e formalidades próprias dos contratos de empreitada de obras públicas que, e bem, não fazia sentido serem objecto de previsão no CCP» – cf. dos citados Autores, in A.A.VV. *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, Coimbra, 2016, p. 66.

<sup>44</sup> Dispõe, a respeito da aplicação da lei no tempo, o artigo 12.º do Decreto-lei n.º 111-B/2017 que «(s)em prejuízo do disposto nos números seguintes, o presente decreto-lei só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua data de entrada em vigor, bem como aos contratos que resultem desses procedimentos». Partindo do pressuposto que o legislador se exprimiu devidamente, no artigo 7.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, teremos nesta primeira fase, para os procedimentos iniciados antes da entrada em vigor da alteração ao Código, procedimentos a duas velocidades: aplica-se o Código sem

mas da alteração ao artigo 55.º do Código, designadamente no sua al. b) do n.º 1, que impõe que, caso o adjudicatário seja uma pessoa coletiva, tem de ser junto o respetivo registo criminal (além do registo criminal dos gerentes ou administradores).

No que concretamente respeita às regras de prestação da caução, as alterações introduzidas são igualmente pontuais.

No que concerne às causas de caducidade da adjudicação, foi introduzido um novo artigo (artigo 87.º-A), que veio acrescentar àquelas já previstas<sup>45</sup> outras causas de caducidade da adjudicação.

### 3.1. Das causas de caducidade da adjudicação

#### 3.1.1. *A questão da imputabilidade ao adjudicatário*

Os artigos 86.º e 105.º do Código, tendo âmbitos de aplicação distintos – um aplica-se à falta de apresentação dos documentos de habilitação, o outro à não comparência para a celebração do contrato –, têm um aspeto em comum: apenas haverá caducidade da adjudicação, naquelas circunstâncias, caso o fundamento que determinou a ocorrência do facto gerador de caducidade seja imputável ao adjudicatário.

Ora, sendo certo que o reconhecimento de que a violação do prazo é imputável (ou não) ao adjudicatário decorrerá necessariamente de um juízo subjetivo a efetuar pelo órgão competente para a decisão de contratar, resulta evidente que esta apreciação de imputabilidade está, naturalmente, sujeita aos princípios gerais da atividade administrativa<sup>46</sup>, como sejam, da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficácia e da boa administração. Até porque, a fronteira da imputabilidade nem sempre é evidente: veja-se a hipótese em que,

as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 111-B/2017 e aplica-se a Portaria n.º 372/2017, quanto às regras e termos de apresentação dos documentos de habilitação do adjudicatário.

<sup>45</sup> O Código previa já a caducidade da adjudicação quando (i) não eram apresentados os documentos de habilitação (artigo 86.º), (ii) eram prestadas declarações falsas (artigo 87.º), (iii) não era prestada a caução (artigo 91.º), ou (iv) o adjudicatário não comparecia no dia, hora e local fixados para a outorga do contrato (artigo 105.º), todos do CCP.

<sup>46</sup> Cf. neste sentido, o Acórdão do TCA Sul, de 06.11.2014, proferido no âmbito do Processo n.º 11393/14.

b) do sendo concedido ao adjudicatário 5 dias para apresentação dos documentos de habilitação, este apenas solicita a emissão da declaração de não dívida à Autoridade Tributária no 4.º dia do prazo para apresentação dos documentos; ou a hipótese em que, apesar de ter solicitado declaração de não dívida à Autoridade Tributária no 1.º dia do prazo, a mesma foi emitida no 4.º dia, tendo-se verificado que existia uma dívida que apesar de prontamente paga, não permitiu obter uma nova declaração comprovativa da regularização até ao termo do prazo fixado para apresentação dos documentos. Na primeira hipótese, não deixando de ter existido falta de diligência do adjudicatário, portanto, de lhe ser imputável a não apresentação desse documento até ao termo do prazo para a apresentação dos documentos de habilitação, será de questionar se a decisão de fazer caducar a adjudicação seria razoável. Do mesmo modo, na segunda hipótese, também parece ser evidente que é imputável ao adjudicatário a não apresentação dos documentos em prazo, todavia, também neste caso, será de questionar se seria justificada a decisão de declarar a caducidade da adjudicação.

Consideramos, portanto, que a decisão que determine a caducidade da adjudicação não pode deixar de tomar em consideração as circunstâncias concretas que determinaram a não entrega dos documentos (ainda que sejam imputáveis ao adjudicatário). Até porque, não poderá deixar de se perspetivar o efeito prático que essa decisão comportará. Bastará, para tal, ter em consideração que o período necessário a realizar o procedimento com vista a declarar a caducidade da adjudicação, a proceder a uma nova adjudicação e a esperar pela entrega dos documentos de habilitação pelo novo adjudicatário, poderá ser amplamente superior ao período de tempo que mediará entre o pedido na referida declaração e a sua entrega pela Autoridade Tributária. Do mesmo modo, não poderá deixar de se ter em consideração os impactos financeiros que essa decisão poderá ter, na circunstância de se verificar uma diferença relevante do preço proposto pelo concorrente graduado em primeiro lugar, face ao concorrente graduado em segundo lugar<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Neste sentido, o Supremo Tribunal Administrativo veio decidir que «o princípio da concorrência constitui a trave mestra do direito comunitário, como um objecto norteador na construção do espaço económico europeu. É, por isso, um bem público essencial que não se compadece com práticas que lesem o consumidor ou o Estado, ou com formalismos exagerados que conduzam a um deficiente funcionamento do mercado, entorpecendo a concorrência entre os agentes económicos. Este princípio torna-se ainda mais premente no sector das compras

### 3.1.2. Das novas causas de caducidade da adjudicação – o artigo 87.º-A

Como vimos a respeito das causas de não adjudicação, o legislador, percebendo que, entre o momento em que é tomada a decisão de contratar e o momento em que é tomada a decisão de adjudicação, poderão ocorrer circunstâncias que obstaculizem esta última, previu diversas hipóteses no sentido de possibilitar à entidade adjudicante extinguir o procedimento, não o adjudicando. Todavia, no período que medeia entre a adjudicação e a celebração do contrato, fora das situações acima identificadas – as quais se prendem essencialmente com o incumprimento do adjudicatário –, o legislador não reconhecia às entidades adjudicantes o poder de fazer caducar a adjudicação. Com efeito, também durante o momento entre a adjudicação e a celebração do contrato, poderão ocorrer circunstâncias que não decorram diretamente de um incumprimento do adjudicatário e que tornem necessário fazer caducar a adjudicação.

Tendo isso mesmo presente, o legislador veio estabelecer, no artigo 87.º-A do Código, a possibilidade de ser determinada a caducidade da adjudicação quando ocorram circunstâncias *supervenientes* «que inviabilizem a celebração do contrato, *designadamente* por impossibilidade natural ou jurídica, extinção da entidade adjudicante ou do adjudicatário ou por insolvência deste». Constitui, portanto, uma resposta do legislador no sentido de permitir que, por razões não procedimentais e posteriores à adjudicação, possa, a entidade adjudicante, optar por não celebrar o contrato.

De notar que o legislador, antevendo a dificuldade de desenhar uma cláusula fechada – o que até poderia ter feito, por referência ao disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 79.º do Código, com as necessárias adaptações –, estabeleceu uma cláusula aberta, não taxativa, de causas suscetíveis de inviabilizar a celebração do contrato (pelo menos, com determinado adjudicatário).

públicas, que para além da sua própria especificidade, visa objectivos de interesse geral que não meramente economicistas ou financeiros. Daí que a actuação das entidades adjudicantes deve procurar assegurar, sempre, a prevalência do princípio da concorrência e pautar-se pela proporcionalidade, o que implica que antes de ser decretada a caducidade por irregularidade nos documentos de habilitação se imponha dar ao respectivo concorrente oportunidade para ser ouvido e, se for caso disso, para suprir aquelas em prazo razoável, quando se trata de irregularidades veniais ou pouco graves e ou susceptíveis de resolução nesse prazo» – cf. Acórdão de 08.07.2010, proferido no Processo n.º 275/10.

Precisamente por ser uma cláusula aberta, a sua previsão não poderá deixar de encerrar determinados limites, sendo o principal desses limites a invocação de causas que ultrapassem as previstas no artigo 79.º do Código. Na verdade, seria incoerente que o legislador tivesse fechado, através de uma previsão taxativa, as causas de não adjudicação, e permitisse às entidades adjudicantes que, “simulando” uma adjudicação, deixassem cair o procedimento após a adjudicação, invocando fundamentos que não poderiam constituir causa de não adjudicação. Excluir-se-ão apenas as situações em que a especificidade do momento procedimental não tenha paralelo com aquelas previstas para a não adjudicação.

É de notar que o legislador esclarece que a causa fundamentadora da caducidade da adjudicação terá de ser superveniente. Isto significará que, caso ocorra uma circunstância antes de ser decidido e notificado o ato de adjudicação que resulte numa impossibilidade jurídica ou de facto de execução do contrato, que a entidade adjudicante não tenha, por incúria, perspectivado, não poderá determinar-se a caducidade da adjudicação. Ora, conforme já tivemos oportunidade de referir a respeito das causas de não adjudicação, verificando-se a existência de uma circunstância que inviabilize a execução do contrato, não pode a entidade adjudicante ficar de “braços cruzados” ou de “braços amarrados” à celebração de um contrato que irá, imediatamente após a sua celebração, resolver, ainda que essa causa seja anterior – e não releva aqui, quanto a nós, a questão indemnizatória, pois, independentemente do direito à indemnização do adjudicatário (danos emergente e lucros cessantes), consideramos que se imporá à entidade adjudicante não celebrar um contrato que não será para executar.

No n.º 2, o legislador segue o racional a aplicar às demais causas de caducidade da adjudicação, prevendo o *dever* de adjudicação da proposta ordenada em lugar subsequente, nos casos em que, naturalmente, aquela impossibilidade decorre de circunstâncias inerentes ao adjudicatário, possibilitando, desta forma, a manutenção do resultado do procedimento.

Questão mais controversa coloca o n.º 3 do artigo 87.º-A do Código ao limitar a previsão indemnizatória da perspectiva do adjudicatário, prevendo que o «adjudicatário deve indemnizar a entidade adjudicante, nos termos gerais, pelos prejuízos que culposamente tenha causado». O legislador limitou-se a dispor que o adjudicatário será responsável, nos termos gerais do direito, pelos prejuízos que culposamente tenha causado, mas já não acautelou o dever/direito indemnizatório do adjudicatário, caso o facto que determina a



caducidade da adjudicação não lhe seja imputável. É certo que o facto originador da caducidade da adjudicação poderá não ser necessariamente imputável à entidade adjudicante, como sucederá nas situações de facto do príncipe – caso em que será mais complexa a determinação da entidade responsável pelo ressarcimento dos danos que forem causados ao adjudicatário. Todavia, pelo menos nas situações em que tal facto pudesse ser imputável à entidade adjudicante, poderia ter o legislador definido os limites da indemnização a obter pelo adjudicatário.

### 3.2. Da prestação de caução

No que especificamente respeita à caução a prestar pelo adjudicatário, verifica-se uma clara intenção do legislador de aligeirar o regime, concretamente, através da definição de limites máximos.

Essa intenção não é posta em causa pelo facto de ter sido alterada a redacção do n.º 2 do artigo 88.º do Código, passando a prever-se «(p)ode não ser exigida prestação de caução quando o preço contratual for inferior a € 200 000, ou quando se trate de contratos previstos na alínea c) do n.º 1 do artigo 95.º, ainda que exista contrato escrito» – em contraposição com a redacção anterior, na qual se previa que «*não é exigível a prestação de caução quando o preço contratual for inferior a (euro) 200 000*». Isto porque, apesar de a alteração da redacção indiciar a interpretação de que, até à revisão do Código, a entidade adjudicante não tinha o poder de exigir a prestação de caução nos contratos cujo preço contratual fosse inferior a € 200.000,00, o n.º 3 do artigo 88.º do Código demonstra, inequivocamente, que poderia a entidade adjudicante exigir a prestação de caução<sup>48</sup>. Efetivamente, a utilização da expressão *não tenha sido exigida a prestação de caução* permite concluir que poderia ser exigida a caução.

A admissibilidade legal de não prestação da caução ocorrerá, além das situações em que o preço contratual é inferior a € 200.000, quando: (i) o adjudicatário é, ele próprio, uma entidade adjudicante (dos setores gerais

<sup>48</sup> Dispunha (e continua a dispor aquela norma) que «(q)uando, no caso previsto no número anterior, *não tenha sido exigida a prestação de caução*, pode a entidade adjudicante, se o considerar conveniente, proceder à retenção de até 10% do valor dos pagamentos a efectuar, desde que tal faculdade seja prevista no caderno de encargos»

ou especiais); (ii.) o contrato é de locação e aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços e se verificam as condições cumulativas previstas na al. c) do n.º 1 do artigo 95.º do Código.

Mais relevante é a possibilidade conferida às entidades adjudicantes de adequarem o montante da caução a prestar pelo adjudicatário às características próprias do contrato a celebrar. Deste modo, abandonou a determinação do valor da caução através de um valor percentual fixo, passando a prever um valor percentual máximo<sup>49</sup>, concretamente, 5% ou 10%, este último, no caso de a proposta ser de preço anormalmente baixo<sup>50</sup>. Esta alteração vem ao encontro da necessidade de adequar a caução a cada caso concreto e, se bem aplicada, permitir que se deixem de caucionar exageradamente contratos cuja configuração dispensa garantias elevadas.

Nos contratos renováveis, o n.º 4 do artigo 89.º do Código esclarece que o valor da caução se refere ao período de vigência inicial (ou seja, o preço contratual relativo a esse período), mas, em cada renovação, haverá prestação de nova caução, por referência ao período de renovação. Dispõe ainda o n.º 5 do artigo 89.º do Código que, nos contratos de execução duradoura com prazo de vigência superior a 5 anos, o valor de referência para calcular os limites da caução tem por base apenas o primeiro terço da duração do contrato.

#### 4. Da celebração do contrato

No que respeita à celebração do contrato, também as alterações introduzidas têm um carácter pontual.

Na al. j) do n.º 1 do artigo 96.º do Código, o legislador introduziu a exigência de constar do contrato a celebrar a identificação do gestor do contrato

<sup>49</sup> Sem prejuízo da possibilidade de as entidades adjudicantes definirem aqueles limites máximos, dispõe o n.º 6 do artigo 89.º do Código que, na falta de fixação, pela entidade adjudicante (nas peças do procedimento), do valor da caução, aplicam-se os limites máximos como sendo limites fixos.

<sup>50</sup> Continua, todavia, a ser para nós duvidosa a solução adotada pelo Código no sentido de permitir à entidade adjudicante que fixe uma caução que pode ir até 10% do preço contratual. Admitindo a entidade adjudicante que a proposta apresentada pelo concorrente é séria e credível, não fará sentido colocar nela um rótulo de dúvida. É verdade que o Código permite às entidades adjudicantes definir um valor percentual inferior, no entanto, tal circunstância é sintomática da forma como o legislador perceciona as propostas de preço anormalmente baixo.

(pessoa indicada pela entidade adjudicante, a quem é atribuída a função de acompanhar a execução do contrato, *cf.* artigo 290.<sup>o</sup>-A, do CCP). Do mesmo modo, o contrato deverá, ainda, especificar as condições de modificação do contrato expressamente previstas nas peças do procedimento, incluindo cláusulas de revisão ou opção, claras, precisas e inequívocas.

Por fim, no n.<sup>o</sup> 7 do artigo 96.<sup>o</sup> do Código, comina-se com a nulidade os contratos a que falte algum dos elementos essenciais referidos nas alíneas a) a i) do n.<sup>o</sup> 1, salvo se os mesmos constarem dos documentos identificados no n.<sup>o</sup> 2, isto é, dos suprimimentos dos erros e das omissões do caderno de encargos identificados pelos concorrentes (que tenham sido acêites), dos esclarecimentos e as retificações relativos ao caderno de encargos; do caderno de encargos; da proposta adjudicada, ou dos esclarecimentos sobre a proposta adjudicada prestados pelo adjudicatário<sup>51</sup>.

Tal significará que sendo obrigatória a celebração do contrato, ainda que sejam omissos todos ou qualquer um dos elementos identificados no n.<sup>o</sup> 1 do artigo 96.<sup>o</sup> do Código, desde que os mesmos resultem dos elementos pré-contratuais, ficará sanada a respetiva falta.

<sup>51</sup> Apenas fica de fora a indicação do gestor do contrato, ou seja, o Código não sanciona com nulidade a sua falta de indicação.