O DEVER DE RESOLVER CONTRATOS PÚBLICOS

Pedro Matias Pereira[*]

Abstract: *Under the banner of the europeanization of Portuguese administrative law, the current text analyses a legal solution inspired by the case-law of the European Court of Justice whose purpose is to ensure the effectiveness of European Law. Specifically, we address the duty to terminate public contracts whenever the Court of Justice finds that a serious infringement to the European Law has occurred.*

Sumário: 1. O papel da jurisprudência europeia como fonte de Direito da União Europeia: a Europa dos juízes e a europeização do direito administrativo nacional. 2. O dever de resolução de contratos públicos. 3. A solução da nova diretiva sobre contratação pública 4. A origem jurisprudencial da solução: Proc. C-504/04, Comissão/República Federal da Alemanha. 4.1. O caso em análise: os factos e a tramitação processual relevantes 4.2. A apreciação jurídica do caso *sub iudice*. 5. A solução da Diretiva: uma concretização (criticável) da jurisprudência do TJUE. 6. Crítica de uma solução imperfeita. 7. Reflexão final

1. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA COMO FONTE DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: A EUROPA DOS JUÍZES E A EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NACIONAL

O Tribunal de Justiça da União Europeia[1] tem sido, reconhecidamente, um dos propulsores da integração jurídica da União, dado que, em face da margem de apreciação permitida pelos Tratados da União, lhe coube, desde cedo, encontrar soluções para problemas concretos que não obtinham resposta direta naqueles textos. Esta tarefa levou o TJUE a sofrer a crítica de encetar um

* Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado. Membro do Grupo de Contratação do CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação.

1 Doravante, abreviadamente, "TJUE".

(censurável) ativismo judicial, criando uma "Europa de juízes"[2]; a verdade, no entanto, é que a modernidade do direito da União Europeia[3] assim o exigia, estando o Tribunal, pelas suas próprias características (organização, garantias de independência e qualidade), em condições privilegiadas para contribuir na determinação do sentido do Direito da UE[4].

No que ao tema deste texto concerne, a verdade é que o papel do TJUE na interpretação do Direito da UE tem levado a alterações no direito administrativo dos Estados-Membros que podemos incluir no movimento geral de *europeização* dos ordenamentos jurídicos nacionais[5], fundamentado no *princípio da cooperação leal* que regula a interação entre as ordens jurídicas nacionais e a ordem jurídica da UE.

O presente texto pretende abordar uma solução de direito administrativo (em fase de transposição para o direito interno) que é diretamente tributária de importante jurisprudência do TJUE que, fixando pontos de referência para as ordens jurídicas internas, acaba por *criar direito administrativo*.

Essa solução, embora estando ainda prevista na legislação nacional – mas, decorrendo de uma diretiva – não tardará a entrar, sob a forma de norma escrita, no ordenamento jurídico-positivo nacional; falamos da previsão de um dever de rescindir contratos públicos como decorrência da verificação, pelo TJUE, de infração grave ao Direito da UE no âmbito do processo de adjudicação desse tipo de contratos.

De modo a analisar criticamente a solução encontrada pelo legislador europeu para concretizar a jurisprudência do TJUE procederemos a uma análise integrada das normas jurídicas em causa com a referida jurisprudência,

---

2 Sobre essa crítica e a sua filiação em conceções que rejeitam o processo de integração europeia, v. Quadros , 2013: 379-381; o Autor entende, bem ao contrário, que o TJUE tem assumido "o papel de locomotiva da integração jurídica e de, dessa forma ter suprido, com o seu labor – repete-se: sem se substituir ao legislador –, a inércia e a paralisia dos órgãos políticos das Comunidades e, depois, também da União". Referindo como o Tribunal quase assumiu o "papel de legislador, em vários domínios (atitude esta reforçada pela inércia das instituições com competências legislativas da União, limitadas de forma frequente na sua atuação pela aplicação da regra da unanimidade), ao recorrer a uma interpretação teleológico-sistemática (também dita funcional) das disposições do Tratado", v., Pais, 2015: 65.

3 Doravante, abreviadamente, "UE".

4 Neste sentido, v. Ramos, 1999: 93. Nota o Autor como, nessas específicas condições, o TJUE tem sido um "importantíssimo elemento de criação do Direito Comunitário" – afirmação que, como se comprova no desenvolvimento do tema deste texto, se mantém perfeitamente atual.

5 Refletindo como a europeização resulta, em parte, de "um movimento de integração na construção da AP Europeia e no ordenamento jurídico europeu", v. Silva,2010a: 37-38. Distinguindo, como figuras afins da europeização, a *harmonização* e a *convergência*, v. Freitas, 2012: 35-37.

identificando os seus pontos de contacto e as suas dissonâncias, avaliando se estas colocam (ou não) em causa os objetivos que presidiriam à sua consagração e que visam impedir que se mantenham situações – resultantes de contrato público – contrárias ao Direito da UE. Vejamos, então, como é que esse desígnio será, na prática, alcançado.

2. O DEVER DE RESOLVER CONTRATOS PÚBLICOS

As novas diretivas da contratação pública[6] fazem o direito europeu dos contratos públicos transpor o umbral da regulação substantiva dos contratos públicos. Fizeram-no, concretamente e no que a este estudo diz respeito, quanto a um poder de conformação da relação contratual que constituiu um dos fundamentos da emancipação da figura do contrato administrativo[7]: o poder de resolução unilateral.

Com as novas diretivas deixámos, então, de ter um direito europeu (constituído) tendencialmente pré-contratual[8] – quer quanto aos procedimentos de seleção propriamente ditos, quer quanto ao contencioso desses procedimentos de seleção – para passarmos a ter um direito europeu que regula diretamente aspetos substantivos do contrato administrativo. Trata-se de uma alteração de paradigma já que o direito europeu da contratação pública, assentando, em primeira linha, na ideia de não discriminação em razão da nacionalidade – como pressuposto da construção de um mercado único – tendia a relegar a matéria da regulação substantiva do contrato para as legislações nacionais[9].

---

6 Fazemos menção ao conjunto de diretivas publicadas no JO L/94, de 28 de março de 2014: a Diretiva 2014/24/UE (relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE); Diretiva 2014/23/UE (relativa à adjudicação de contratos de concessão) e Diretiva 2014/25/UE (relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE), todas de 26 de fevereiro de 2014.

7 Notando como "é o contrato administrativo, instituto jurídico que ao preservar certas especificidades próprias da atividade administrativa, reserva à Administração, ainda que enquanto parte contratual, poderes específicos de direito público que permitirá vencer as resistências quanto à contratualização na Administração Pública", v. o nosso trabalho (Pereira, 2011:15). Notando, ainda antes da aprovação das diretivas, como os limites impostos pelo direito europeu "vêm traduzir-se numa profunda inflexão de algumas das características típicas e clássicas que, historicamente, marcaram a construção e a autonomização conceitual e de regime daquela figura – o regime da sua execução, designadamente o de modificação – com a concomitante retração da *autonomia pública contratual* que lhe estava associada", v. Martins, 2014:392.

8 Neste sentido, v. Treumer, 2014a: 148.

9 Neste sentido, notando que é nos procedimentos de contratação pública que as entidades adjudicantes nacionais podem sentir-se mais tentadas a favorecer concorrentes nacionais, v. Caranta, 2015: 448 e 449.

É uma mudança de paradigma que já estava, no entanto, pré-anunciada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça que tem levado a que "paulatinamente, [o direito europeu da contratação pública vá] abandonando o paradigma inicial de regulamentação limitada aos processos de seleção do contratante, para abranger a disciplina de aspetos claramente relacionados com a execução do contrato"[10].

A jurisprudência do TJUE tem vindo, aliás, a ser uma das mais fortes influências na evolução do direito europeu dos contratos públicos, inspirando, como veremos de seguida, uma importante novidade da nova Diretiva sobre contratação pública[11].

3. A SOLUÇÃO DA NOVA DIRETIVA SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A nova Diretiva sobre contratação pública[12] começa por expressar, logo no seu considerando 112, a necessidade, sentida algumas vezes pelas entidades adjudicantes, de se proceder a uma "rescisão antecipada de contratos públicos a fim de cumprir obrigações decorrentes do direito da União em matéria de contratação pública". Por essa razão, conclui-se, também, que os Estados-Membros devem assegurar a existência de legislação nacional que assegure essa possibilidade.

No artigo 73.º concretiza-se melhor esta questão, estabelecendo-se um dever de os Estados-Membros assegurarem, em geral, que as entidades adjudicantes tenham a possibilidade (*rectius*, o poder) de rescindir um contrato público durante a sua vigência pelo menos nas circunstâncias enunciadas no referido preceito. O artigo refere-se, em concreto, às seguintes situações:

---

10 Cf. Gonçalves, 2009: 14. Notando como a jurisprudência existente será determinante para a interpretação das novas regras, Arrowsmith, 2014: 597. Assinalando como a jurisprudência do Tribunal de Justiça é o *primum movens* de muitas das alterações às regras europeias da contratação pública – notando, em especial, o surgimento da regulação dos contratos de concessão de serviços –, v. Caranta, 2015: 409 e 410. Por isso se pode dizer que as soluções da nova diretiva não são totalmente inovadoras – neste sentido, também, Charrel & Gaspar, 2015: 58, esclarecendo que se trata mais de uma codificação de modificações substanciais anteriormente avançadas pela jurisprudência comunitária do que propriamente de novidades nesta matéria.

11 Notando a forte relação entre a nova Diretiva e a jurisprudência do Tribunal de Justiça que tem, também neste âmbito, clarificado aspetos fundamentais do direito europeu da contratação e dos contratos públicos, v. Treumer, 2014: 17-19.

12 Trataremos da Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, que se aplica aos setores gerais, embora solução semelhante com a aqui analisada esteja também presente na Diretiva 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

(i) O contrato tenha sido objeto de uma modificação substancial que, nos termos do artigo 72.º, obrigue à adoção de novo procedimento de adjudicação[13];

(ii) Se se verificar que o cocontratante, na data da adjudicação do contrato, se encontrava afetado por motivos que determinariam a sua exclusão – previstos no artigo 57.º da Diretiva;

(iii) Se se verificar que o contrato não poderia ter sido adjudicado ao cocontratante por se ter apurado uma "infração grave das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados [e das diretivas relativas à contratação pública]" constatada em ação de incumprimento iniciada pela Comissão Europeia, ao abrigo do artigo 258.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia[14].

Importa, para a economia deste estudo, analisar a hipótese do ponto (*iii*) *supra*, que responde – embora de forma imperfeita, como veremos – à necessidade de pôr fim, através de resolução unilateral, a um contrato adjudicado de forma ilegal já que a alínea c) do artigo 73.º exige a previsão, nas legislações nacionais, de fundamentos autónomos de resolução relacionados com a infração das obrigações que decorrem dos Tratados e da nova diretiva que venha a ser constatada pelo TJUE em procedimento iniciado pela Comissão ao abrigo do artigo 258.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

4. A ORIGEM JURISPRUDENCIAL DA SOLUÇÃO: PROC. C-504/04, *COMISSÃO/REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA*

4.1. O caso em análise: os factos e a tramitação processual relevantes

As disposições da diretiva constituem um desenvolvimento do Direito da UE a problemas colocados num processo de infração grave contra a República Federal da Alemanha – *Comissão/ República Federal da Alemanha*, processo C-503/04, com Acórdão de 18 de julho de 2007[15].

---

13 Sobre o tema da modificação de contratos, identificando os casos em que as alterações ao contrato se classificam como substanciais – obrigando, na sequência da jurisprudência *Pressetext*, a novo procedimento de adjudicação, determinando, por outro lado, a resolução do contrato em que ela deveria ser introduzida –, v. Pereira & Machado, 2016: 75-104.

14 Doravante, abreviadamente, "TFUE".

15 Referindo como a disposição da alínea *c)* do artigo 73.º da nova Diretiva obriga os Estados-Membros a preverem mecanismos para cumprirem com os requisitos fixados na "bem conhecida" ação de

Neste processo, estava em causa a obrigação de o referido Estado-Membro proceder à resolução de dois contratos públicos que haviam sido adjudicados sem observância do procedimento imposto pela Diretiva 92/50/CE, nomeadamente sem ter sido utilizado e publicitado no Jornal Oficial da União Europeia[16] o procedimento de concurso público; ao invés, os contratos – um relativo à adjudicação de um contrato de evacuação de águas residuais do Município de Bockhorn e outro tendo como objeto a eliminação de detritos residuais através de tratamento térmico para a cidade de Braunschweig – foram adjudicados através de procedimentos de negociação com operadores escolhidos pelas entidades adjudicantes e sem que fosse dado aos procedimentos ou à decisão de adjudicação publicidade a nível internacional[17].

Essas violações do Direito da UE foram julgadas em dois processos (os Processos C-20/01 e C-28/01) em que as partes eram a Comissão Europeia e a República Federal da Alemanha e que, depois de apensados, deram origem ao Acórdão de 10 de abril de 2003.

Depois disso, a Comissão instou a República Federal da Alemanha a que retirasse desse julgamento as devidas consequências, tendo em atenção a sua obrigação de repor a situação conforme ao Direito da UE, nomeadamente anulando os contratos ilegalmente adjudicados que, com prazos de execução de 30 anos, se haveriam de manter em execução durante várias décadas.

A República Federal da Alemanha entendeu que não deveria anular esses contratos, referindo que havia tomado medidas para que os incumprimentos se não repetissem no futuro e invocando o seu entendimento de que os poderes do Tribunal de Justiça se limitariam à concessão de indemnizações.

---

incumprimento contra a Alemanha, em que o Tribunal de Justiça afastou a possibilidade de a "santidade" do contrato servir para manter em vigor contratos ilegalmente adjudicados, v. Caranta, 2015:449.

16 Doravante, abreviadamente, "JOUE".

17 O caso da adjudicação da cidade de Braunschweig, encerrando o mesmo problema de incumprimento das diretivas, era um pouco mais complexo: o incumprimento não se devia a uma adjudicação completamente à margem das normas comunitárias, mas ao facto de se ter enquadrado o fornecimento numa disposição que permitia o recurso ao procedimento de negociação não concorrencial com fundamento na existência de um único operador; o Tribunal considerou que tal situação não se verificava de facto, ou seja, não era uma daquelas situações em que um único operador do mercado é apto a prestar os serviços (ou a executar a obra ou fornecer o bem) pretendidos pela entidade adjudicante. Aliás, estas "derrogações" (nas palavras do Tribunal de Justiça) à regra da adoção de procedimentos concorrenciais, devem, de acordo com a jurisprudência, ser objeto de *interpretação estrita*, cabendo o ónus da prova de que se encontram efetivamente reunidas as circunstâncias excecionais à entidade adjudicante – cf., entre outros, Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de setembro de 2004, *Comissão/Itália*, processo C-385/02; entre nós, v. a Acórdão do Tribunal de Contas – 1.ª **Secção – Plenário 13/1**4, de 8 de julho de 2014, Processo 1613/13, Recurso Ordinário 01/14, por nós anotado para a *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 9.

Estas posições divergentes foram sendo expressas no âmbito do procedimento previsto no artigo 260.º do TFUE (ex-artigo 228.º do Tratado da Comunidade Europeia[18]) e, mantendo-se as posições iniciais, a Comissão propôs a competente ação por incumprimento das disposições do Tratado ao abrigo do n.º 2 do mencionado artigo 260.º, pedindo, além da declaração de incumprimento das obrigações emergentes do Acórdão de 10 de abril de 2003, a condenação no pagamento de sanções pecuniárias compulsórias superiores a € 150.000 por dia de atraso no cumprimento das medidas necessárias para dar cumprimento ao referido Acórdão.

Em 2005 e já no decurso da ação por incumprimento, a República Federal da Alemanha informou que as entidades adjudicantes haviam celebrado acordos de anulação dos contratos em questão, solicitando o cancelamento do processo. A Comissão entendeu, no entanto, manter a sua ação inicial, agora restrita à obtenção da declaração de que, no momento devido, a República Federal da Alemanha não havia dado cumprimento ao Acórdão do Tribunal de Justiça, ao que o Governo alemão haveria de responder com o argumento da falta de necessidade de proteção jurídica.

4.2. A apreciação jurídica do caso *sub iudice*: as conclusões da Advogada Geral e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de julho de 2007

a) As conclusões da Advogada Geral

Nas suas Conclusões (apresentadas a 28 de março de 2007), a Advogada Geral Verica Trstenjak haveria de sustentar que o momento determinante para avaliar da necessidade de uma pronúncia do Tribunal é, neste tipo de ações de incumprimento, o termo do prazo fixado no parecer fundamentado previsto no artigo 258.º do TFUE (ex-artigo 226.º do TCE)[19], pelo que a anulação posterior dos contratos não deveria determinar o não conhecimento do mérito da ação.

Quanto ao mérito da questão, a Advogada Geral dá também razão à Comissão entendendo que "os efeitos do incumprimento do direito comunitário subsistem durante todo o período de execução do contrato celebrado [que totalizariam 30 anos] em violação da legislação relativa às adjudicações"[20].

---

18 Doravante, abreviadamente referido como "TCE".

19 Esta opinião da Advogada-Geral já encontrava acolhimento no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de julho de 2006, *Comissão/Itália*, processo C-119/04.

20 Cf. § 68.º das mencionadas Conclusões da Advogada-Geral.

Na opinião da Advogada Geral, as medidas postas em prática pela República Federal da Alemanha antes de iniciada a ação de incumprimento – consistentes em recomendações para que se evitassem futuros incumprimentos –, não eram "adequadas para impedir uma violação do direito comunitário já iniciada e continuada"[21], sendo que os óbices referidos pelo Estado-Membro, decorrentes de impedimentos resultantes de normas de direito interno, seriam "contrários à necessidade de uma aplicação uniforme do direito comunitário em todos os Estados-Membros da União Europeia"[22], o que resulta na desconsideração dos argumentos relativo à confiança das partes[23].

Por outro lado, a Advogada-Geral antecipava também que, considerando a jurisprudência do Tribunal de Justiça no sentido de os efeitos das adjudicações que se revelem contrários ao direito da União Europeia deverem ser feitos cessar, o Tribunal afirmaria a existência de uma *obrigação de princípio de pôr termo ao contrato*[24]. Isso fundar-se-ia, de acordo com as Conclusões apresentadas, no princípio da eficácia prática (ou *effet utile*) das diretivas relativas à contratação pública, que só é suficientemente assegurado se a violação das mesmas for feita cessar através da cessação do contrato ilegalmente adjudicado, uma vez que a violação permanece enquanto o contrato continuar a ser executado. Além disso, o reconhecimento dessa obrigação de anular o contrato aportaria um importante efeito dissuasor e seria proporcional, tendo em vista o caso concreto (de contratos que permaneceriam em vigor por três décadas).

Por fim, a Advogada-Geral não encontra oposição à existência de uma obrigação de resolver o contrato no facto de a Diretiva 89/665/CEE[25] prescrever que "os Estados-membros podem prever que, após a celebração do contrato

21 Cf. § 72.º das mencionadas Conclusões da Advogada-Geral.

22 Cf. § 73.º das mencionadas Conclusões da Advogada-Geral.

23 Também nesse sentido, referindo como "o Estado-Membro não pode invocar com êxito as consequências de um procedimento ilícito para colocar em questão a obrigação jurídica em si", cf. § 83.º das Conclusões do Advogado-Geral Siegbert Alber, apresentadas em 19 de janeiro de 1999, no processo C-328/96, *Comissão/Áustria*.

24 Suposição fundada mas que, naquele momento, contendia com o dogma, assumido na maioria dos Estados-Membros, de que não se poderia interferir num contrato em execução com fundamento em incumprimento das diretivas relativas à contratação pública; dando conta da existência desse dogma, cf. Priess, 2006; daí a ideia sugestiva dos contratos já celebrados corresponderem a "vacas sagradas", como sugerido no impressivo título do texto de Treumer, 2007: 371-386.

25 Trata-se da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos, conhecida como "Diretiva Recursos".

na sequência da atribuição de um contrato de direito público, os poderes da instância de recurso responsável se limitem à concessão de indemnizações a qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma violação"[26]. Essa disposição relacionar-se-ia unicamente com a tutela de indivíduos afetados por adjudicações ilegais, não limitando a tutela dos interesses da União Europeia, que estavam a ser prosseguidos, no processo em análise, pela Comissão (na sua veste de *guardiã dos Tratados*).

b) Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de julho de 2007

Passando à análise do Acórdão, o Tribunal de Justiça começa por considerar admissível a ação de incumprimento por, de harmonia com decisões anteriores, a data de referência para apreciar a existência de um incumprimento nos termos do artigo 228.° do TCE (atual artigo 260.º do TFUE) se situar no momento em se extingue o prazo fixado no parecer da Comissão[27]; no caso concreto, o Estado-Membro não tinha, nessa data, tomado a medida de resolução dos contratos necessária, na perspetiva da Comissão, à execução de Acórdão anterior.

Aderindo às Conclusões da Advogada-Geral, o Tribunal considera também que faltou efetividade às medidas tomadas inicialmente pela República Federal da Alemanha, que tinham um escopo meramente preventivo da repetição de situações similares. Destarte, considerando os objetivos da Diretiva 92/50/CEE (aplicável, à data dos factos, ao tipo de adjudicações *sub iudice*)[28], concluiu o Tribunal que, enquanto não foram anulados os contratos, esteve em causa a proteção do livre acesso aos contratos públicos (enquanto concretização da liberdade de prestação de serviços) pelo que o incumprimento das normas comunitárias destinadas a defendê-la não cessaram antes que os contratos

26 Cf. n.º 6 do artigo 2.º da Diretiva referida.

27 O Tribunal invoca, a este propósito, o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de julho de 2006, *Comissão/* Itália, processo C-119/04. Além desse aresto, note-se que tal conclusão já resultaria de jurisprudência anterior, nomeadamente, do Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de novembro de 1990, *Comissão/ Grécia*, processo C-200/88, do Acórdão do Tribunal de Justiça, de 31 de março de 1992, *Comissão/ Itália*, processo C-362/90; e do Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de março de 2002, *Comissão/Espanha*, processo C-29/01. Por outro lado, o Tribunal também já rejeitara uma questão prévia de inadmissibilidade da ação de incumprimento baseada na alegada cessação da infração, numa situação em que os processos de adjudicação de contratos públicos tinham integralmente decorrido antes do termo do prazo fixado no parecer fundamentado, considerando então que, como os contratos não tinham sido totalmente executados antes da referida data, a ação era admissível (cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28 de outubro de 1999, *Comissão/Áustria*, processo C-328/96).

28 Trata-se da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.

fossem anulados pelas autoridades nacionais. Incumprimento que tinha efeitos particularmente perniciosos uma vez que, a manter-se a intenção inicial do Estado-Membro, a restrição no acesso àqueles contratos perduraria pelos 30 anos dos respetivos prazos de execução.

A conclusão de que a violação do direito comunitário permaneceria por todo esse tempo não é posta em causa, assevera o Tribunal, pela possibilidade de serem limitados os poderes das instâncias de recursos nacionais à concessão de indemnizações (como decorreria do supramencionado n.º 6 do artigo 2.º da Diretiva 89/665), uma vez que tal "não pode, sem diminuir o alcance das disposições do Tratado que estabelecem o mercado interno, ter como consequência que o comportamento da entidade adjudicante relativamente a terceiros deva ser considerado conforme ao direito comunitário após a conclusão desses contratos"[29].

De facto, o Tribunal distingue, nesta parte, dois planos: (*i*) o plano da relação entre cada Estado-Membro e os lesados pela violação de normas comunitárias, autorizando-se, com vista à proteção da confiança dos cocontratantes, que os efeitos dessa violação sejam puramente indemnizatórios para os lesados com a manutenção do contrato ilegalmente adjudicado; (*ii*) o plano das relações entre os Estados-Membros e a União, onde o preceituado no n.º 6 do artigo 2.º da diretiva 89/665/CEE não encontra aplicação, nomeadamente quando à insusceptibilidade de o Estado-Membro ser acionado por incumprimento, nos termos do artigo 260.º do TFUE[30].

Quanto aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, ao princípio *pacta sunt servanda* e ao direito de propriedade, o Tribunal assume – mas aparentemente apenas para efeitos do raciocínio que empreende

29 Cf. § 33.º do Acórdão sob análise que remete diretamente para o Acórdão de 10 de abril de 2003 (cf., nesse aresto, o § 39.º).

30 A reforçar esta distinção de planos, temos também o Acórdão de 10 de abril de 2003, onde o Tribunal desconsiderou os argumentos relativos ao reconhecimento, pelo Estado-Membro, do incumprimento verificado e do direito dos particulares lesados à reparação do prejuízo eventualmente sofrido, invocando, para o efeito, o decidido no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 1993, *Comissão/Dinamarca*, processo C-243/89, onde se pode ler que, "no quadro de uma ação por incumprimento, proposta nos termos do artigo 169.º do Tratado pela Comissão, em que a apreciação da respetiva oportunidade lhe compete em exclusivo, cabe ao Tribunal de Justiça declarar se existe ou não o incumprimento censurado, mesmo que o Estado em causa já não o conteste e reconheça o direito à reparação do prejuízo eventualmente sofrido por esse facto pelos particulares. Se assim não fosse, os Estados-membros, ao reconhecerem o incumprimento e ao admitirem a responsabilidade que daí pode decorrer, seriam livres, em qualquer momento durante um processo por incumprimento pendente no Tribunal de Justiça, de lhe pôr termo sem que a existência do incumprimento e o fundamento da sua responsabilidade tivessem sido apurados judicialmente".

– que tais princípios e direito podem ser opostos às entidades adjudicantes, mas conclui que o Estado-Membro não poderá prevalecer-se disso para se eximir das suas responsabilidades de execução de um Acórdão que declare um seu incumprimento. Concluindo da mesma forma – pela sua irrelevância, portanto – quanto à existência de um regime de propriedade que impedisse a resolução do contrato, pois esse regime interno não pode justificar a persistência de um incumprimento, aproveitando ainda para recordar (*rectius*, reiterar) que "um Estado-Membro não pode defender-se por exceção invocando disposições, práticas ou situações da sua ordem jurídica interna para justificar a inobservância das obrigações resultantes do direito comunitário"[31].

Nessa sequência, o Tribunal, desconsiderando ainda os argumentos em matéria de limitação dos efeitos de um Acórdão no tempo (por entender que esta não permite, de qualquer forma, justificar a inexecução de um Acórdão que declara um incumprimento do tipo que estava em causa no processo *sub iudice*), decidiu declarar que "não tendo tomado, à data em que se extinguiu o prazo estabelecido no parecer fundamentado emitido pela Comissão de harmonia com o disposto no artigo 228.° CE [atual artigo 260.º do TFUE], as medidas necessárias à execução do acórdão de 10 de Abril de 2003, *Comissão/Alemanha*, já referido, (…), a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do referido artigo".

Tem sido notado que a parte decisória do Acórdão é bastante curta e a argumentação utilizada algo lacónica, o que resultaria da tentativa de obter a unanimidade entre os juízes, limitando-se, com isso, o arrazoado da decisão[32]. Independentemente dos motivos que presidiram à reduzida argumentação, a verdade é que a formulação genérica do Acórdão veio permitir uma maior margem de discricionariedade aos tribunais nacionais que viessem a ter que decidir questões deste tipo.

31 Cf. § 38.º do Acórdão sob análise.

32 Cf. Treumer, 2007: 375; o Autor especula que enquanto alguns juízes estariam hesitantes quanto ao reconhecimento de uma obrigação de resolução de contratos (porque se desviaria da *opinio iuris* geral), outros estariam muito mais convencidos dela e pretenderiam ir mais longe na argumentação, avançando outras indicações; pois então, perante uma situação deste tipo, o texto final do acórdão seria uma forma de compromisso, mantendo-o no campo do vetor fundamental deste caso: reconhecer a existência de uma obrigação dos Estados-Membros resolverem contratos celebrados na sequência de procedimentos de adjudicação desconformes com as normas europeias aplicáveis.

5. A SOLUÇÃO DA DIRETIVA: UMA CONCRETIZAÇÃO (CRITICÁVEL) DA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

A alínea c) do artigo 73.º da nova diretiva sobre contratação pública vem, então, trazer para um plano de (inequívoco) direito constituído o fim de qualquer pretensão que os Estados-Membros pudessem ter no sentido de manter em vigor um contrato ilegalmente adjudicado, considerando-os imunes às vicissitudes da sindicância jurisdicional do TJUE sobre o procedimento adjudicatário prévio.

Esta norma vem confirmar uma das interpretações que havia sido aventada para o Acórdão tirado no Processo C-503/04, concretamente, que a obrigação de resolver o contrato se coloca apenas em casos de *violação grave* das normas relativas à contratação pública ou das obrigações decorrentes dos Tratados, por ser uma violação dessa magnitude que esteve em causa naquele processo, *in casu*, a falta absoluta do procedimento de contratação devido[33] (e também, diga-se, por terem estado em causa contratos que permaneceriam em execução por décadas).

Mas, confirmando a referida interpretação, a norma sob análise também confirma que o dever de resolver o contrato não se confina aos casos de falta de procedimento adjudicatório, pois, se fosse esse o caso, a diretiva teria certamente circunscrito o âmbito daquela obrigação de resolução a ser transposta para as legislações nacionais. Permanece, portanto, uma significativa margem de apreciação na análise das situações que obrigarão as entidades adjudicantes a resolver contratos já celebrados, que será progressivamente depurada à medida que o TJUE vá qualificando como constituindo infração grave os casos levados até si. Também as decisões das instâncias de controlo nacionais – nos casos em que não submetam a questão ao TJUE através do reenvio prejudicial – serão importantes para determinar os casos de *infração grave* (tanto às disposições da diretiva como dos Tratados).

A jurisprudência que se vier a formar a este propósito servirá, então, de parâmetro para as entidades adjudicantes fazerem uso da nova causa específica de acionamento do poder de resolução que terá, agora, de ser obrigatoriamente inscrita nas legislações nacionais; no nosso caso, na Parte III do Código dos Contratos Públicos. No entanto, não nos parece que isso signifique que os

33 Aventando e propendendo para esta interpretação precisamente por ter estado em causa – no processo C-503/05 – a mais séria das violações das normas relativas à contratação pública (concretamente, um procedimento de adjudicação sem publicação de anúncio e, portanto, não concorrencial e onde não foram aplicadas quaisquer regras das regras sobre contratação pública), v. Treumer, 2007: 377; outra hipótese seria considerar que o Tribunal de Justiça teria enunciado uma regra de carácter geral, só não havendo obrigação de resolver o contrato, então, em circunstâncias excecionais.

contraentes públicos tenham que prescindir da sua margem de apreciação quanto à opção de resolução (ou de não resolução) que, de acordo com a interpretação do interesse público, venham a tomar[34], embora possa exigir, em casos de *não-resolução*, um acrescido dever de fundamentação.

6. CRÍTICA DE UMA SOLUÇÃO IMPERFEITA

A solução da Diretiva parece-nos, apesar de tudo, imperfeita: se o que se pretende é permitir a resolução de contratos que sejam adjudicados em desrespeito das regras da contratação pública – por o procedimento correto não ter sido adotado ou por nele se terem cometido outras ilegalidades graves – então esse poder não deveria ficar dependente de decisões das instâncias jurisdicionais. É que a fiscalização jurisdicional do contrato em ações de incumprimento ao abrigo do artigo 258.º do TFUE pode não chegar a ser feita, apesar de a invalidade do ato de adjudicação ser conhecida da entidade adjudicante ou até estar estabelecida em decisões das instâncias nacionais.

Na verdade, se as legislações nacionais optarem por versões minimalistas do poder de pôr termo a contratos adjudicados em violação das regras da contratação pública, dar-se-á o curioso caso de apenas um caso de invalidade decorrente de procedimento adjudicatório poder – sem aquele determinado tipo de decisão jurisdicional prévia – justificar a resolução do contrato; trata-se da perceção, por parte da entidade adjudicante, de que o seu cocontratante estava, à data de adjudicação, em situação de impedimento, nos termos da alínea *b*) do artigo 73.º da Diretiva.

Ora, se no caso concreto de *cocontratante impedido* a Diretiva prescinde de qualquer decisão jurisdicional prévia sobre o incumprimento de regras de contratação pública, qual a razão determinante para tratar de forma (tão) diferente outros incumprimentos que podem ter sido inclusivamente verificados por decisões de instâncias jurisdicionais nacionais?

Para nos mantermos em questões relacionadas com o cocontratante, basta imaginar o caso de o cocontratante escolhido em procedimento concorrencial sujeito a fase de prévia qualificação – o nosso "concurso limitado por prévia qualificação" – ter adulterado os documentos relativos à sua prestação de contas, assim contaminando a análise da capacidade financeira e, por força disso,

34 Sobre a possibilidade de atenuação de sanções contratuais – incluindo a resolução-sanção – no contexto da emergência da função de gestão dos contratos administrativos, v. o nosso trabalho (Pereira, 2014: 69-99).

a ordenação da lista de candidatos admitidos a apresentar proposta. Também aqui o cocontratante foi escolhido em violação das regras da contratação pública.

Outro exemplo: se a circunstância que se vem a verificar já em fase de execução do contrato não disser respeito à existência de um impedimento, mas à falta de uma determinada habilitação – por que se usou um documento falso, por exemplo – também aí o contraente público não fica legitimado, nos termos da diretiva, a rescindir o contrato, mesmo que haja decisão de instância jurisdicional nacional a reconhecer a ilegalidade.

Diferentes exemplos poderiam ser dados para demonstrar que não há diferença substancial que legitime a diferenciação feita pela diretiva no que diz respeito à previsão de motivos com gravidade suficiente que devem permitir – obrigando a que a lei nacional o permita – a resolução do contrato, sem necessidade de decisão jurisdicional emitida na sequência de ação de incumprimento iniciada pela Comissão que conclua pela grave violação de regras de contratação pública ou de obrigações do Tratado. É que, como afirma Steen Treumer (2007:382), a ideia de que apenas um incumprimento reconhecido pelo Tribunal de Justiça tem relevância autónoma para determinar uma resolução do contrato seria, além de surpreendente, demonstradora da falta de coerência do sistema de reposição da legalidade[35].

Outra perplexidade que nos assalta é a da difícil compaginação deste novo poder de resolver o contrato *apenas em casos de infração grave* e o poder, previsto na alínea *a*) do artigo 73.º, de se proceder a uma resolução do contrato quando ocorra uma modificação substancial que deveria ter dado lugar a um novo procedimento e este não tenha sido concretamente adotado[36].

---

35 Cf. Treumer, 2007: 382. No mesmo texto, o Autor discute, com interesse para as soluções que, nas legislações nacionais podem vir a ser concretamente adotadas, a questão de saber se há um direito ou obrigação de rescindir contratos em casos em que a violação das normas ainda não foi reconhecida por decisão jurisdicional.

36 O n.º 4 do artigo 72.º da Diretiva concretiza a noção de "modificação não substancial", enunciando as condições não cumulativas que determinam que uma alteração seja considerada substancial. A modificação não substancial do contrato constitui, nos termos da alínea *e)* do n.º 1 do mesmo artigo, uma cláusula geral de permissão de modificação do contrato. Portanto, as alterações que não forem substanciais (de acordo com a concretização do n.º 4) estarão também autorizadas ao abrigo da referida cláusula geral. As modificações substanciais – aquelas que não estão cobertas pelo disposto nos dois primeiros números do artigo do artigo 72.º – ficarão sujeitas à adoção de um novo procedimento de contratação, não sendo, então, possível introduzi-las, sem mais, no contrato em execução, antes obrigando a entidade pública contratante a iniciar um novo procedimento de procura pública, nos termos do n.º 5 do artigo 72.º da Diretiva. O incumprimento do dever de levar a cabo uma *reprocura* pública gera a obrigação de resolver o contrato que tiver sido, então, ilegalmente modificado (quando o que se impunha era num novo concurso para as prestações alteradas com a modificação contratual). Sobre o tema da modificação substancial do contrato, v. Pereira & Machado, 2016: 94-99.

A questão aqui é que a modificação substancial do contrato – não submetendo as "prestações modificadas" a novo procedimento adjudicatório – não nos parece ser diferente das adjudicações de contratos públicos que são realizadas em violação das regras previstas na diretiva para quaisquer outros procedimentos adjudicatórios[37]. Ora, havendo identidade de razões para sancionar com a resolução do contrato quaisquer violações de regras determinantes do procedimento de adjudicação, entende-se que deveria a diretiva ter também previsto como fundamento para a resolução do contrato, a violação das regras do procedimento de adjudicação (e não apenas a falta de procedimento em caso de modificação substancial do contrato)[38].

7. REFLEXÃO FINAL

O *case law* analisado neste texto reflete uma tendência associada à concretização do projeto europeu através de uma *integração pelo direito*, considerando as dificuldades associadas à integração pela via política ou politico-constitucional, de tal modo que isso "catapultou o direito administrativo para o papel principal [da dinâmica da integração], secundarizando o direito constitucional"[39]. Um papel que, até meados do século XX, não se pensaria que o direito administrativo pudesse ter, encarado que era como produto da história e tradição nacionais, criando um domínio insuscetível de convergência[40].

O axioma da territorialidade do direito administrativo está pois, definitivamente posto em causa, afastando-se, do mesmo passo, a ideia de que os direitos administrativos são filhos dos Estados nacionais[41].

A decisão do TJUE que tivemos oportunidade de analisar é um claro exemplo – no plano do direito dos contratos – de que a disciplina do direito administrativo é alimentada por fenómenos para além das fronteiras estaduais em virtude da produção normativa por uma organização internacional de integração, profundamente influenciada pela jurisprudência.

A conjugação deste tipo de fenómenos conduz, naturalmente, à harmonização do direito administrativo dos Estados-Membros contribuindo para a

37 Levantando a questão, v. Arrowsmith, 2014: 604.

38 Solução que estaria em consonância com a privação de efeitos do contrato, previsto no artigo 2.º-D da Diretiva 89/665/CEE (alterada pela Diretiva 2007/66/CE, de 11 de dezembro de 2007).

39 São palavras de Silva, 2010b: 13.

40 Neste sentido, cf. Eliantonio, 2009: 3.

41 Cf. Moniz, 2011: 312.

criação de um *Espaço Administrativo Europeu*[42], fenómeno que constitui, a par de outros de dimensão e profundidades variáveis, um traço de evolução do direito administrativo.

A análise que fizemos permitiu descortinar algumas dificuldades (e perplexidades) na construção das normas jurídicas que sustentam esse espaço administrativo europeu.

No caso da nova Diretiva da contratação pública, apesar das incongruências das normas nela previstas, ainda será possível, em sede da sua transposição, acautelar a construção de um regime harmonizado com preocupações de efetividade do direito da contratação pública (na sua globalidade e não apenas o resultante da Diretiva e dos Tratados, tal como vier a ser interpretado pelo TJUE).

42 Cf. Moniz, 2011: 313.

BIBLIOGRAFIA

Arrowsmith, Sue

2014 *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, 3rd ed., London: Sweet & Maxwell.

Caranta, Roberto

2015 "The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works", in: *Common Market Law Review*, vol. 52, n.º 2, pp. 391–459.

Charrel, Nicolas & Gaspar, Thomas

2015 "Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution", in*: Contrats Publics, Les nouvelles directives «marchés»*, (2de partie), n.º 144, pp. 54-61.

Eliantonio, Mariana

2009 *Europeanization of Administrative Justice?*, Amesterdão: Europa Law Publishing.

Freitas, Lourenço Vilhena de

2012 *Os Contratos de Direito Público da União Europeia no quadro do Direito Administrativo Europeu*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

Gonçalves, Pedro Costa

2009 "Acórdão *Pressetext*: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato", in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, pp. 1-20.

Martins, Licínio Lopes

2014 *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra: Almedina.

Moniz, Ana Raquel

2011 "Traços da Evolução do Direito Administrativo Português", in*: Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVII, Coimbra: Coimbra Editora.

Pais, Sofia Oliveira

2015 *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina.

Pereira, Pedro Matias

2011 *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, 1.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora.

2015 "Anotação ao Acórdão do Tribunal de Contas – 1.ª Secção – Plenário 13/14, de 8 de julho de 2014, proc. 1613/13, Recurso Ordinário 01/14", in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 9, pp. 181-194.

2016 "Gestão do contrato administrativo: a aplicação de sanções", in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 10, pp. 69-99.

Pereira, Pedro Matias & Machado, Carla

2016 "Modificação e rescisão de contrato", *in*: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 12, pp. 75-104.

Priess, H. J.

2006 "Setting Aside Concluded Contracts», *working paper* apresentado na 'Global Revolution III'", que decorreu em junho de 2006 na Universidade de Nottingham, no Reino Unido.

Quadros, Fausto de

2013 *Direito da União Europeia*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina.

Ramos, Rui Moura

1999 "As Comunidades Europeias – Enquadramento normativo-institucional", in: *Estudos de Direito Comunitário*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora,, pp. 7-108.

Silva, Susana Tavares da

2010a *Um novo Direito Administrativo*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

2010b *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

Treumer, Steen

2007 "Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules – the end of the status of concluded public contracts as sacred cows", in: *Public Procurement Law Review*, n.º 6, pp. 371-386.

2014a "Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive", *in*: *Public Procurement Law Review* n.º 3, pp. 148--155.

2014b "Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive", in: *Modernising Public Procurement: The New Directive (European Procurement Law Series)*, Djøf / Jurist- og Økonomforbundet, 2014, pp. 9-27.