

# O DEVER DE CONTRATAR E A CLÁUSULA DE NÃO ADJUDICAÇÃO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

*Pelo Dr. Rui Cardona Ferreira(\*)*

## *SUMÁRIO:*

1. Enquadramento. 2. Conformação jurídica do procedimento adjudicatório e dever de contratar. 3. A problemática em torno da cláusula de não adjudicação. 4. Conclusão.

## **1. Enquadramento**

Um dos aspetos nucleares da contratação pública é a estabilidade do procedimento adjudicatório<sup>(1)</sup> e da relação que intercede entre os concorrentes e a entidade adjudicante até à adjudicação ou à celebração do contrato.

Na verdade, quer do ponto de vista dogmático, quer do ponto de vista prático, a caracterização e a tutela da posição dos concorrentes perante as vicissitudes do *dever procedimental* são decisivas para a compreensão do regime jurídico da contratação pública e para a própria implementação da colaboração entre particulares e Administração, visada com o apelo à con-

---

(\*) Mestre em Direito. Advogado (com inscrição voluntariamente suspensa, exercendo, presentemente, as funções de assessor do Tribunal Constitucional).

(1) Assinalando a distinção entre o procedimento de contratação pública, globalmente considerado, e os subprocedimentos em que se decompõe, incluindo o subprocedimento adjudicatório — que, por sua vez, integra vários subprocedimentos que precedem a tramitação do procedimento de adjudicação (decisão de contratar, decisão de escolha do procedimento e aprovação das peças do procedimento) —, *vide* PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2021, p. 928. Pela nossa parte, não ignorando nem recusando a distinção, referimo-nos a *procedimento adjudicatório* na sua aceção mais ampla.

corrência e à participação nos procedimentos adjudicatórios. Adentro desta temática, por sua vez, avulta a questão de saber qual o grau de vinculação da entidade adjudicante perante os concorrentes e quais os termos em que, inversamente, a desvinculação daquela é legalmente admissível.

É sobre esta matéria que versa o presente estudo, tendo por objeto central a controvérsia doutrinária, recentemente reavivada, quanto à admissibilidade e aos efeitos das tradicionalmente designadas *cláusulas de não adjudicação*, por vezes inseridas nas peças do procedimento. Ainda antes de nos debruçarmos diretamente sobre essa controvérsia, todavia, aludiremos à conformação jurídica do procedimento adjudicatório e ao dever de contratar da entidade adjudicante.

## 2. Conformação jurídica do procedimento adjudicatório e dever de contratar

I. Não pode hoje questionar-se a existência, em geral, de um dever de celebrar o contrato, a que vai inerente um logicamente precedente dever de adjudicação. Este modo de ver encontra, aliás, lastro juspositivo na própria epígrafe do art. 76.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), onde se acolhe, precisamente, um “dever de adjudicação”.

Mas a existência deste dever, reforçada pela formulação da lei, decorreria já da própria natureza, conformação e efeitos jurídicos do *ato* de abertura do procedimento adjudicatório.

Por *ato* de abertura do procedimento tomamos o conjunto dos instrumentos jurídicos formado pelo anúncio e pelo programa do procedimento, bem como pelo caderno de encargos, que estabelecem, respetivamente, as regras a que há de obedecer a tramitação do procedimento e os termos e as condições substanciais que deverão integrar o *conteúdo* do futuro contrato (cf. arts. 41.º e 42.º do CCP).

Este conjunto de instrumentos jurídicos tem subjacente, unificando-os, uma verdadeira decisão de contratar, ainda que implícita, que precede a publicação do anúncio do procedimento, mas que só através daqueles instrumentos se exterioriza e se torna eficaz<sup>(2)</sup>. O art. 36.º, n.º 1, do CCP, dá hoje, aliás, evidência desta fenomenologia.

---

(2) Pelo menos quando encarada da perspetiva da sua eficácia *prototípica* que é a da vinculação da entidade adjudicante perante terceiros à prossecução de um procedimento funcionalmente orientado para a celebração do contrato adequado à finalidade de interesse público concretamente

II. Segundo o entendimento tradicional, a abertura de concurso público não consubstanciava mais do que um mero convite a contratar. Com efeito, MARCELLO CAETANO definia o concurso público como “(...) o processo resultante do convite, feito ao público ou àqueles que reúnam determinados requisitos, para a apresentação de propostas de contrato (...)”<sup>(3)</sup>. Em termos congruentes com a caracterização da abertura de concurso como mero convite a contratar, MARCELLO CAETANO recusava a existência de um dever de adjudicar o contrato a qualquer dos concorrentes: “Em princípio, entende-se que, também aí, os poderes são discricionários, sendo facultado à pessoa coletiva declarar sem efeito o concurso já chegado à adjudicação ou recusar todas as propostas por não lhe convir nenhuma delas”<sup>(4)</sup>.

No entanto, como assinalou SÉRVULO CORREIA, divergindo do entendimento tradicional, a autonomia contratual da Administração, pelo menos no que respeita aos contratos administrativos — hoje, melhor diríamos, contratos *públicos* —, desenvolve-se, fundamentalmente, em dois momentos distintos: num primeiro momento, situa-se “(...) a decisão de contratar, executada pelos atos que formalizam uma proposta ao público (...)”<sup>(5)</sup>; num segundo momento, a Administração exerce a sua “(...) faculdade de aderir, com maior ou menor grau de autodeterminação às propostas que outros lhe apresentem”<sup>(6)</sup>. É que, conforme salienta ainda SÉRVULO CORREIA, se nalguns casos a decisão de contratar, traduzida na abertura de concurso, “(...) poderá constituir desde logo o teor integral do contrato que a Administração se propõe celebrar, que em tal hipótese funcionará como contrato

---

visada (neste sentido, cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, 2011, pp. 804-805). Também PEDRO COSTA GONÇALVES assinala que, até ao momento da sua exteriorização, a decisão de contratar constitui um ato interno que “esgota os seus efeitos no interior da entidade adjudicante” — cf. *Direito...*, *cit.*, p. 421 (aludindo, igualmente, ao caráter interno da decisão de contratar, não obstante a exigência de fundamentação, cf. JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Introdução ao Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2021, p. 137). E isto sem embargo de se admitir que, nos termos gerais da lei processual administrativa, desde que conhecida — por exemplo, através da sua publicação oficial, quando a tal sujeita — e suscetível de lesar (ou vir a lesar, com elevada probabilidade, uma vez exteriorizada) um direito ou interesse legítimo, a decisão de contratar possa ser imediatamente impugnada (salientando este aspeto e a tomada da decisão de contratar como o momento relevante para a determinação da lei aplicável ao procedimento, em caso de sucessão de leis no tempo, cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, Lisboa, 2019, pp. 563-565). Sobre a decisão ou deliberação de contratar, como imprescindível ato inicial ou propulsivo do procedimento administrativo pré-contratual e respetiva caracterização, cf., por todos, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 656, ss.

<sup>(3)</sup> Cf. *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.<sup>a</sup> ed. (reimp.), Coimbra, 2005, pp. 596-597.

<sup>(4)</sup> *Ob. cit.*, p. 604.

<sup>(5)</sup> *Ob. cit.*, p. 656.

<sup>(6)</sup> *Ob. cit.*, p. 657.

de adesão”(7), via de regra haverá lugar a uma fase “(...) mais ou menos procedimentalizada de negociações, da qual venha a resultar a elaboração do texto do contrato”(8).

Assim, de acordo com SÉRVULO CORREIA, na abertura de concurso, “(...) a Administração formula uma oferta ao público, ou a um conjunto delimitado de possíveis cocontratantes”(9), mas trata-se de uma proposta ou de uma oferta ao público *sui generis*, dotada de duas particularidades: “(...) à proposta da Administração não hão de corresponder declarações de aceitação das quais decorra a conclusão do contrato mas sim novas propostas, provenientes dos interessados; em face das novas propostas provenientes dos interessados, cumpre à Administração pronunciar-se mais uma vez, aceitando uma delas”(10).

A circunstância de se reconhecer que, ao menos na generalidade dos casos, sobre as propostas dos interessados incide ainda uma *aceitação* por parte da Administração não impede que se reconheça, igualmente, de acordo com o entendimento propugnado por este Autor, um dever de adjudicar decorrente da própria abertura de concurso: “ao abrir o concurso, a Administração 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 intenção de escolher a melhor de entre as que não estiverem aquém dos limites da aceitabilidade”(11).

**III.** No que respeita à configuração da abertura de concurso como uma *proposta* ou *oferta ao público*, a posição de SÉRVULO CORREIA pode prestar-se a algumas críticas, mas que não a afetam substancialmente.

É certo que, como refere MARGARIDA OLAZABAL CABRAL(12), a abertura de concurso não é dotada da completude que caracteriza a proposta enquanto negócio jurídico típico integrativo da formação dos contratos. Tal completude só se verificará, de facto, quando esteja em causa um contrato cujo único critério de adjudicação seja o preço, o que, como o próprio Autor assinala, raramente ocorrerá.

(7) *Ob. cit.*, p. 657.

(8) *Ob. cit.*, p. 658. Conforme se depreende da nota 476 na mesma página, a referência a negociações é formulada pelo Autor em termos amplos, de modo a abranger as diversas formas pelas quais os concorrentes são chamados a integrar ou completar o conteúdo do futuro contrato, designadamente a simples apresentação de “(...) propostas com condições divergentes das do caderno de encargos (...)”.

(9) *Ob. cit.*, p. 701.

(10) *Ob. cit.*, p. 701.

(11) *Ob. cit.*, p. 701.

(12) Cf. *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1997, p. 222.

Por outro lado, mas em estreita relação com o que acabámos de referir, não parece que quadre bem com a qualificação de *proposta* ou *oferta ao público* a circunstância de a abertura de concurso ter em vista despoletar a apresentação de novas propostas pelos interessados e não conferir-lhes a faculdade de, por via da simples aceitação, procederem à conclusão do contrato. É que, como também MARGARIDA OLAZABAL CABRAL põe em evidência, este ponto “(...) contradiz o essencial da noção jurídica de proposta, quer esta seja feita a pessoa determinada, quer seja a pessoa indeterminada”.

Também pela nossa parte, subscrevemos estas observações e há muito que, modestamente, tendemos a vislumbrar na abertura do concurso público não uma *proposta* ou *oferta ao público*, mas uma verdadeira *promessa pública*, através da qual a entidade adjudicante se obriga unilateralmente à realização de uma prestação — no caso, uma prestação de facto jurídico, que consiste na celebração do contrato objeto do concurso —, perante um leque indeterminado de destinatários, sendo este o único instituto com virtualidade explicativa do fenómeno em causa e também o único que quadra, em particular, com a existência de um dever de celebração do contrato<sup>(13)</sup>.

Em todo o caso, cumpre reconhecer que a posição expressa por SÉRVULO CORREIA teve o enorme mérito de assinalar, em termos pioneiros, que a abertura de concurso não é, propriamente, um convite a contratar, juridicamente inócuo — ou pouco mais do que isso — para a Administração, mas que dela emerge um dever de adjudicar.

**IV.** À conclusão alcançada não obsta, aliás, o reconhecimento da existência de uma *reserva de revogação*, ou de *não adjudicação*, por razões de interesse público.

No entanto, e como é consabido, a atividade administrativa está subordinada ao princípio da legalidade — cf. art. 266.º, n.º 2, da Constituição e art. 3.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA) —, constituindo a lei não apenas um *limite*, mas antes o *fundamento* dessa atividade<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Cf., em termos mais desenvolvidos, a nossa posição explanada em *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra, 2011, p. 51, ss.

<sup>(14)</sup> Na lapidar síntese de FREITAS DO AMARAL, “(...) a Administração Pública só pode agir se, e na medida em que, a norma jurídica lho permitir” — cf. *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II (com a colaboração de PEDRO MACHETE/LINO TORGAL), 4.ª ed., Coimbra, 2018, p. 45.

Daí que a decisão de interromper o procedimento sem a celebração do contrato tenha, necessariamente, de assentar numa norma legal habilitante, que consta hoje do art. 79.º do CCP, onde se encontram previstas, taxativamente<sup>(15)</sup>, as razões de interesse público justificativas da decisão de não adjudicação e da consequente revogação da decisão de contratar (cf. art. 80.º, n.º 1, do CCP)<sup>(16)</sup>.

Mais concretamente, determinam as alíneas *c*) e *d*) do art. 79.º do CCP que não há lugar à adjudicação, extinguindo-se o procedimento,

---

<sup>(15)</sup> O reconhecimento do caráter legalmente devido da decisão de adjudicação e da taxatividade das causas de não adjudicação, não sendo uniforme, é largamente predominante na doutrina e na jurisprudência nacionais e foi, aliás, corroborado na recente monografia de JOÃO PACHECO DE AMORIM (cf. *As Decisões de Adjudicação e não Adjudicação no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2021, p. 22, ss). Entendendo que o art. 79.º do CCP consagra uma “mera exceção” ao dever legal de adjudicação resultante do art. 76.º do mesmo código, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ reiterou, também recentemente, que “(...) o legislador confirmou ter firmado a ideia de que a prossecução do interesse público não pode servir de pretexto para a criação de uma situação de insegurança na esfera de quem aceitou gastar tempo e recursos na elaboração de uma proposta, em resposta a um convite que lhe foi dirigido por uma entidade adjudicante e no qual depositou as suas legítimas expectativas, ficando a invocação do interesse público estritamente dependente das causas de não adjudicação que a própria lei enumere” — cf. “Sobre a distinção entre análise e avaliação de propostas e a limitação das funções atribuídas a um critério de adjudicação”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 23 (abril, 2020), pp. 41-42 (já assim, do mesmo Autor, cf. *Direito...*, cit., Vol. II, p. 367, ss.). Ainda neste sentido, na doutrina nacional, vide MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Vol. III, 2.ª ed., Lisboa, 2009, p. 373, VERA EIRÓ, “Adjudicar, não contratar... e indemnizar — Ac. do STA n.º 1/2010, de 22.10.2009”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80 (2010), pp. 47-48, LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, Lisboa, 2014, pp. 289-290, e PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, cit., p. 951; na jurisprudência recente, cf., *inter alia*, os Acs. do STA de 11.03.2021, proc. 01445/19.8BEBRG, de 3.03.2016, proc. n.º 01153/15, de 3.12.2015, proc. n.º 0913/15, os Acs. do TCA Norte de 31.01.2020, proc. n.º 00231/19.0, de 28.06.2019, proc. n.º 00744/18.0BECBR, e de 16.02.2018, proc. n.º 01023/17.6BEPRT, e o Ac. do TCA Sul de 26.04.2012, proc. n.º 08634/12.

<sup>(16)</sup> Admitindo, todavia, a “existência de causas de não adjudicação que exorbitem do elenco legal do art. 79.º [do CCP]”, cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., p. 1055. Também MIGUEL ASSIS RAIMUNDO entende que “o Direito positivo sustenta, sem dúvida, a defesa de uma cláusula geral de não adjudicação” e, mais concretamente, que as alíneas *c*) e *d*) do n.º 1 do art. 79.º do CCP apenas “(...) significam que *sempre que exista um interesse público suficientemente relevante para pôr em causa a confiança depositada no procedimento, pode não haver adjudicação*, ou são inconstitucionais por violação do princípio da prossecução do interesse público” — cf. *A Formação dos Contratos Públicos — Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, Lisboa, 2013, pp. 1147 e 1155 (reiterando este entendimento, mais recentemente, cf. *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, Lisboa, 2022, p. 526, ss.). Sustentando, igualmente, uma interpretação mais generosa para as entidades adjudicantes e recusando o caráter taxativo das causas de não adjudicação contempladas no art. 79.º do CCP, vide BERNARDO AZEVEDO, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública — II* (coord. PEDRO COSTA GONÇALVES), Coimbra, 2010, p. 243, ss., e JULIANA FERRAZ COUTINHO, “Adjudicar ou não adjudicar? Os novos contornos da mesma questão”, in *Comentários ao Código dos Contratos Públicos* (coord. CARLA AMADO GOMES/RICARDO PEDRO/TIAGO SERRÃO/MARCO CALDEIRA), Vol. II, 4.ª ed., Lisboa, 2021, p. 277, ss.

quando, respetivamente, *por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspetos fundamentais das peças do procedimento e circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar o justifiquem*<sup>(17)</sup>.

Vê-se, assim, que as condições em que a lei admite uma não adjudicação lícita, fundada em razões de interesse público, não são tão *estritas* assim, não exigindo a mencionada alínea *c*) que se trate de circunstâncias imprevisíveis — basta que, efetivamente, não tenham sido previstas — e resultando da referida alínea *d*) uma liberdade de reponderação da própria decisão de contratar.

Naturalmente que, em ambas as hipóteses, há de exigir-se uma fundamentação objetiva e convincente, não estando a decisão de não adjudicação, ao abrigo de qualquer destas alíneas, à margem do controlo do exercício de poderes discricionários que resulta dos princípios gerais da atividade administrativa<sup>(18)</sup>. Além disso, sendo o fundamento da não adjudicação a necessidade de alteração de aspetos *fundamentais* das peças do procedimento, a própria lei impõe, no n.º 3 do mesmo artigo, que a entidade adjudicante dê início a um novo procedimento adjudicatório no prazo máximo de seis meses a contar da data da notificação da decisão de não adjudicação.

V. Por fim, recorde-se que a lei prescreve, no n.º 4 do referido art. 79.º, que “quando o órgão competente para a decisão de contratar

---

(17) Quanto às demais alíneas do art. 79.º do CCP, as alíneas *a*), *b*) e *g*) não consagram uma exceção ao dever de adjudicar, mas preveem situações de *impossibilidade de adjudicar* no âmbito do procedimento iniciado, como bem assinala PEDRO COSTA GONÇALVES (cf. *Direito...*, cit., pp. 937-938). Já as alíneas *e*) e *f*) poderão comportar maior margem de liberdade de apreciação, embora limitada às hipóteses aí contempladas (respetivamente, a apresentação de um preço *inaceitável*, quando não tiver sido fixado um preço base, e o caráter insatisfatório de todas as soluções apresentadas em procedimento de diálogo concorrencial ou parceria para a inovação).

(18) No que concerne, nomeadamente, à hipótese prevista na alínea *d*) do n.º 1 do art. 79.º, como sublinha PEDRO COSTA GONÇALVES, sempre será de exigir que estejam em causa “(...) circunstâncias que permitam formular, em termos retrospectivos, o juízo de que o órgão adjudicante não teria certamente decidido contratar se aquelas circunstâncias já existissem e fossem dele conhecidas no momento em que tomou a decisão de contratar” — cf. *Direito...*, cit., p. 941. Também o STA, no recente aresto de 11.03.2021 (proc. 01445/19.8BEBRG), se pronunciou no sentido de que “existe um dever legal de adjudicação *ex vi* do art. 76.º do CCP, dever que cessa quando se verifica uma das exceções previstas no art. 79.º” e que, embora a entidade adjudicante goze de “algum poder discricionário” ao abrigo da alínea *c*) deste último preceito legal, “a decisão de não adjudicar só pode ocorrer quando se verifiquem objetivamente as situações do n.º 1 do art. 79.º do CCP” e “tem de ser devidamente fundamentada”, de tal sorte que “a possibilidade de lançar mão de uma causa de não adjudicação, assim prevista em termos tão apertados, dificilmente pode ser equiparada a uma cláusula *cum voluerit* ou *si voluerit*”.

decida não adjudicar com fundamento no disposto nas alíneas *c)* e *d)* do n.º 1, a entidade adjudicante deve indemnizar os concorrentes, cujas propostas não tenham sido excluídas, pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respetivas propostas”.

Em face desta disposição legal, e segundo PEDRO COSTA GONÇALVES, deveria entender-se que “a lei define aqui um critério de indemnização pelo mínimo, não tendo a pretensão de afastar o ressarcimento de outros danos, como a perda de chance ou a lesão do interesse contratual positivo”<sup>(19)</sup>. Mais recentemente, também MIGUEL ASSIS RAIMUNDO veio afirmar, a respeito desta mesma disposição legal, não ter por líquida “a questão de saber se esta limitação ao *quantum* indemnizatório se aplicará a todos os concorrentes em casos de não adjudicação por facto lícito”<sup>(20)</sup>.

Pela nossa parte, todavia, entendemos que deve ser afastada uma indemnização pelo interesse contratual positivo na hipótese legal aqui considerada, tendo em conta que se está perante uma não adjudicação lícita que, alicerçada em habilitação legal específica, tem por efeito a *erradicação* do dever de celebração do contrato que constitui pressuposto da indemnização do interesse contratual positivo<sup>(21)</sup>. Desta perspetiva, a reconstituição da situação atual hipotética e a correspondente delimitação do dano indemnizável tem de ser feita com base na mera frustração — frustração *lícita*, repita-se — da confiança gerada nos concorrentes, ou seja, de acordo com o interesse contratual negativo.

A situação considerada distingue-se, portanto, da indemnização pelo interesse contratual positivo, quer nos casos de preterição ilícita de um concorrente — em que ocorre violação de um dever de contratar que conforma a reconstituição da situação atual hipotética que circunscreve a obrigação de indemnizar —, quer nos casos de revogação lícita da adjudicação já proferida, em que há ablação de um direito subjetivo público à celebração do contrato perfeitamente consolidado pela adjudicação e em que a indemnização do interesse contratual positivo decorre também da própria aplicação da lei e, mais concretamente, do n.º 5 do art. 167.º do CPA<sup>(22)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Cf. *Direito...*, *cit.*, p. 941.

<sup>(20)</sup> Cf. *Direito...*, *cit.*, p. 532, nota 1045.

<sup>(21)</sup> Tanto assim que, nos termos do n.º 1 do art. 80.º do CCP, a decisão de não adjudicação aqui em causa “determina a revogação da decisão de contratar”.

<sup>(22)</sup> Sobre os termos em que pode admitir-se a revogação lícita da adjudicação, cf., todavia, os pontos IX e X, mais adiante no texto, e nota 50 *infra*.



### 3. A problemática em torno da *cláusula de não adjudicação*

I. Decorre do que vimos de expor que, apesar do inevitável recurso a conceitos indeterminados e da consequente *abertura* das alíneas *c*) e *d*) do art. 79.º do CCP, a entidade adjudicante não dispõe, efetivamente, de um poder ilimitado ou incondicionado de não adjudicar.

Estreitamente relacionada com o âmbito das alíneas *c*) e *d*) do art. 79.º do CCP —, encontra-se, todavia, uma questão de considerável complexidade e relevantes implicações práticas, que tem conhecido desenvolvimentos recentes na doutrina especializada: a admissibilidade de uma cláusula de *reserva de não adjudicação* ou de *reserva de revogação da decisão de contratar*, estabelecida nas peças do procedimento adjudicatório (comumente designada, na prática jurídica, como *cláusula de não adjudicação*).

Importa passar em revista, no essencial, os termos deste debate doutrinário.

II. No que respeita a este tema da *cláusula de não adjudicação*, o entendimento estabilizado na jurisprudência aponta no sentido da sua inadmissibilidade. Neste sentido se pronunciara já o STA em face do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, nomeadamente através do aresto de 07.07.2005, tirado no processo n.º 352/2004, que vale a pena transcrever aqui na parte relevante, uma vez que nos situa também perante a evolução legislativa em torno desta matéria.

Assim, lê-se naquele aresto do STA o seguinte:

“Inexiste, hoje, norma jurídica que, em geral, atribua à Administração o poder de, por sua iniciativa, reservar no programa ou no aviso de concurso que resolveu abrir, o direito a não efetuar a adjudicação — como acontecia na vigência do DL n.º 55/95, de 29-03, que no art. 71.º, n.º 1, al. *e*), previa que não haveria lugar a adjudicação «quando no programa de concurso exista cláusula de não adjudicação».

Na verdade, o legislador do DL n.º 197/99, revogando o DL n.º 55/95 e invocando o «objetivo de aperfeiçoar o sistema de garantias para os contratantes» — cf. ponto 10 do preâmbulo —, configurou de novo as situações que podem conduzir à não adjudicação do que foi posto a concurso, distinguindo, pela primeira vez, as causas de não adjudicação (art. 57.º), daquelas que conduzem à anulação da adjudicação (art. 56.º) ou à anulação do procedimento (art. 58.º).

Assim, relativamente às causas de não adjudicação, até então previstas nas cinco alíneas do n.º 1, do art. 71.º, do DL n.º 55/95, apenas manteve como tal as duas primeiras ali previstas, restringindo-as às situações de inaceitabilidade de todas as propostas apresentadas e de presunção de conluio entre os concorrentes — cf. alí-

neas *a*) e *b*), do art. 57.º. Em relação às restantes causas de não adjudicação prevista naquela disposição revogada procedeu do seguinte modo:

- as previstas na alíneas *c*) e *d*) transformou-as, com alterações de redação, em causas de anulação do procedimento cuja competência atribuiu à «entidade competente para autorizar a despesa» — al. *a*) e *b*), do art. 58.º;
- a prevista na al. *e*), que previa que não haveria lugar à adjudicação «quando no programa de concurso exista cláusula de não adjudicação», excluiu-a deixando de consagrar qualquer norma em branco que permitisse à Administração introduzir, por sua livre iniciativa qualquer outra causa que obstasse a que o procedimento concursal não conduzisse à adjudicação.

(...)

Inexistindo, assim, norma jurídica nesse sentido não é possível, hoje, atento o princípio da legalidade, consagrado nos arts. 266.º, n.º 2, da CRP, e 3.º, do CPA, introduzir uma cláusula desse tipo nos documentos dos concursos abertos pela Administração Pública”.

No entanto, este entendimento, que nunca foi inteiramente consensual na doutrina<sup>(23)</sup>, tem sofrido, nos últimos tempos, contestação acrescida, nomeadamente, através das posições adotadas sobre esta matéria por PEDRO MONIZ LOPES<sup>(24)</sup> e JOÃO PACHECO DE AMORIM<sup>(25)</sup>, a que nos referimos em seguida.

**III.** Invocando, no essencial, que a Secção I do Capítulo II, bem como a Secção IV da Capítulo II do CPA “são aplicáveis, na falta de *lex specialis* derogatória, a quaisquer atos administrativos, incluindo a decisão de contratar especialmente regulada no art. 36.º do CCP”<sup>(26)</sup>, por força

<sup>(23)</sup> Recusando a admissibilidade da previsão de causas de não adjudicação em peças do procedimento apenas “quando as mesmas assentem em meras condições potestativas ou de fundo largamente discricionário”, cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., p. 1054. Coerentemente com a posição por si adotada quanto a uma ampla faculdade de não adjudicação por razões de interesse público, afirma, igualmente, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO que “(...) uma cláusula que preveja a não adjudicação ‘por motivos de interesse público relevante adequadamente fundamentados’ não nos parece ilegítima (...)” — cf. *A Formação...*, cit., p. 1157 (reafirmando essa orientação, mais recentemente, cf. *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, Lisboa, 2022, p. 281). Também LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, apesar de considerar “o elenco do art. 79.º do CCP taxativo”, admite a existência de “cláusulas de não adjudicação” por forma a salvaguardar o interesse público, sustentando ainda, em termos não inteiramente claros, que “nesse caso o regime não será o do art. 79.º, mas sim o da indemnização integral com fundamento no interesse contratual positivo” (*ob. cit.*, p. 302). Cf. ainda as referências bibliográficas constantes da nota 16 *supra*.

<sup>(24)</sup> Cf. “Em defesa da admissibilidade da reserva de revogação da decisão de contratar”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 23 (abril, 2020), *maxime* p. 120, ss.

<sup>(25)</sup> Cf. *As Decisões...*, cit., *maxime* p. 106, ss.

<sup>(26)</sup> *Loc. cit.*, p. 121.

do disposto no n.º 1 do art. 2.º do CPA, do mesmo passo que a omissão no CCP de qualquer proibição de aposição de reserva de revogação da decisão de contratar teria o alcance de permiti-la, nos termos da alínea *d*) do n.º 2 do art. 167.º do CPA<sup>(27)</sup>, PEDRO MONIZ LOPES sustenta a admissibilidade de *cláusulas de não adjudicação* que não traduzam cláusulas *cum voluerit e ad libitum* mas radiquem num evento “densificado e pormenorizado ao ponto de identificar um circunstancialismo específico” que apresente um “nexo direto com a *equação «pro tanto»* subjacente à decisão de contratar — que deverá ocorrer (ou que não poderá ocorrer) até ao termo de um determinado prazo”<sup>(28)</sup>.

Em abono da sua tese, o mesmo Autor adianta ainda alguns apoios normativos adicionais. Mais concretamente, afirma PEDRO MONIZ LOPES que “se o CCP permite, nos termos da alínea *d*) do n.º 1 do art. 79.º a não adjudicação em caso de *«circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar»* justificativas da revogação da decisão de contratar, então o CCP também admitirá, por maioria de razão, a precarização da decisão de contratar com base em reserva de revogação especificativa dessas mesmas circunstâncias supervenientes; o mesmo se pode referir relativamente ao conceito de *«preços inaceitáveis»*, nos casos a que se refere o n.º 5 do art. 47.º, cotejado com o disposto na alínea *e*) do n.º 1 do art. 79.º. ambos do CCP”<sup>(29)</sup>.

E, na mesma linha de raciocínio, sustenta também o Autor que “idêntico argumento *a fortiori* pode ser usado com base na norma prevista no n.º 1 do art. 87.º-A, epígrafado *«outras causas de caducidade da adjudicação»*”, de tal sorte que “se o CCP admite, como causa de caducidade da adjudicação, *«a ocorrência superveniente de circunstâncias que inviabilizem a celebração do contrato, designadamente por impossibilidade natural ou jurídica»*, então também consentirá, por maioria de razão, a precarização da decisão de contratar com base em reserva de revogação especificativa de razões constitutivas dessa impossibilidade natural ou jurídica”<sup>(30)</sup>.

Como o próprio Autor assinala ainda, numa ressalva que sempre seria incontornável, mesmo quando se considere admissíveis tais cláusulas, as mesmas nunca poderão ter por efeito exaurir a lista de eventos potencialmente determinantes da não adjudicação, nos termos do art. 79.º do CCP,

---

<sup>(27)</sup> *Loc. cit.*, pp. 129-130.

<sup>(28)</sup> *Loc. cit.*, p. 125.

<sup>(29)</sup> *Loc. cit.*, p. 130.

<sup>(30)</sup> *Loc. cit.*, pp. 130-131.

sob pena de violação da “margem de livre decisão legalmente conferida, nas vertentes da discricionariedade e da margem de livre apreciação, pelas várias regras do art. 79.º do CCP”<sup>(31)</sup>.

A acrescer à admissibilidade, em determinados moldes, desta cláusula de reserva de revogação da decisão de contratar, fundamentando uma exoneração ao dever de adjudicar e a inerente licitude de uma decisão de não adjudicação, PEDRO MONIZ LOPES propugna ainda relevantes consequências no plano indemnizatório.

Mais concretamente, sustenta o Autor que “num cenário em que tenha sido introduzida cláusula acessória de reserva de revogação da decisão de contratar, a base razoável da confiança na adjudicação é excluída a respeito das circunstâncias suficientemente determinadas de não adjudicação previstas antecipadamente nas peças do procedimento”, o que “por si só, opera como condição negativa implícita da norma enunciada no n.º 4 do art. 79.º do CCP”, privando da indemnização aí prevista os concorrentes que vejam o procedimento adjudicatório terminado ao abrigo de tal cláusula<sup>(32)</sup>.

**IV.** Em termos próximos, mas não inteiramente coincidentes, pronunciou-se, ainda mais recentemente, JOÃO PACHECO DE AMORIM<sup>(33)</sup>.

Segundo este Autor, a entidade adjudicante tem a faculdade de apor à decisão de contratar “(...) uma cláusula acessória de condição suspensiva ou resolutiva, ou mesmo de reserva de revogação, neste último caso a fim de lhe permitir, e caso se venha a verificar o circunstancialismo específico previsto na própria cláusula [cf. art. 167.º/2/d) do CPA], a tomada da adequada decisão de não adjudicação”<sup>(34)</sup>.

Assim, “(...) caso não se venha a verificar (ou caso se venha a deixar de verificar), nos termos previstos na cláusula acessória da decisão de contratar, o pressuposto em causa deste ato, poderá o órgão adjudicante tomar a decisão de não adjudicar, com resolução do vínculo contratual embrionário e consequente revogação da decisão de contratar, ao abrigo dos arts. 149.º/2 e 167.º/2/d) CPA”<sup>(35)</sup>.

Ainda segundo JOÃO PACHECO DE AMORIM, “(...) o carácter legítimo ou aceitável da previsão da possível alteração superveniente — apesar de não

<sup>(31)</sup> *Loc. cit.*, p. 125.

<sup>(32)</sup> *Loc. cit.*, p. 132.

<sup>(33)</sup> Cf. *As Decisões...*, *cit.*, p. 106, ss. A posição expendida nesta monografia e de que acima se dá conta sucede já a intervenções orais anteriores no mesmo sentido, segundo refere o próprio Autor — *ibidem*, p. 107, nota 160.

<sup>(34)</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>(35)</sup> *Ibidem*, p. 108.

revestir esta as notas da superveniência e do caráter imprevisto, no caso da al. c) do art. 79.º/1, e (a acrescer a essas notas) as da anormalidade e da imprevisibilidade, no caso da alínea d) do mesmo número — radica na salvaguarda dos valores da confiança, transparência, igualdade e concorrência”<sup>(36)</sup>.

Em todo o caso, não deixa este Autor de considerar também indispensável “uma correta e suficiente fundamentação” e de exigir que “(...) a condição seja certa e não envolva uma apreciação discricionária do órgão adjudicante, discricionariedade esta por definição incompatível como vimos com o caráter vinculado (de ato devido no *an*) da decisão de adjudicação — isto de forma, desde logo, a não pôr em causa a confiança dos candidatos e concorrentes na abertura e transparência do procedimento”<sup>(37)</sup>.

Por fim, cabe salientar que não encontramos, na posição de JOÃO PACHECO DE AMORIM, qualquer indicação no sentido da existência, ou não, do direito à indemnização contemplada no art. 79.º, n.º 4, do CCP, nas hipóteses em que a adjudicação deixaria de ter lugar. Direito esse que, como se referiu, PEDRO MONIZ LOPES entende não ter fundamento, não se verificando uma *confiança legítima* dos concorrentes cuja frustração gere o dever de indemnizar, em face de uma cláusula de reserva de revogação da decisão de contratar.

V. Não obstante o evidente mérito científico destes ensaios e dos seus muito respeitáveis Autores, não podemos, ainda assim, acompanhá-los, pelo menos em toda a extensão ou quanto ao alcance das consequências potencialmente advenientes do entendimento que, no essencial, partilham.

Assim, no que concerne, desde logo, ao pressuposto da aplicação subsidiária do CPA ao procedimento adjudicatório e, nomeadamente, dos respetivos arts. 149.º e 167.º, que regulam, respetivamente, a aposição de cláusulas acessórias e os condicionalismos aplicáveis à revogação do ato administrativo, parece-nos que não pode ser extraído de forma automática ou tão linear do disposto no art. 2.º do CPA.

É certo que, na formulação do n.º 5 do art. 2.º do CPA, “as disposições do presente Código, designadamente as garantias nele reconhecidas aos particulares, aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos administrativos especiais”. Esta disposição tem, aliás, semelhanças notórias com o n.º 7 do art. 2.º do anterior CPA, onde se determinava que, no domínio da atividade

---

<sup>(36)</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>(37)</sup> *Ibidem*, p. 109.

de gestão pública, as disposições desse código — cuja aplicação não fosse imperativamente imposta nos termos dos números anteriores do mesmo preceito legal — aplicavam-se “supletivamente aos procedimentos especiais, desde que não envolvam diminuição das garantias dos particulares”.

O cotejo entre a norma do novo CPA e a do anterior CPA, acabadas de transcrever, tem a utilidade de enfatizar dois aspetos relevantes: por um lado, a aplicação subsidiária de um regime geral, servindo um compreensível propósito de coerência do sistema, não pode ser desligada do princípio segundo o qual *a lei geral não revoga (ou derroga) a lei especial* (cf. art. 7.º, n.º 3, do Código Civil); por outro lado, no caso do CPA, a aplicação subsidiária da lei geral tem historicamente visado, além da coerência do sistema, a prevalência das garantias dos particulares nela previstas, presumindo-se que tais garantias são reforçadas, e não diminuídas, por virtude dessa aplicação.

Sendo bem conhecida a preponderância da dimensão teleológica no processo hermenêutico, dir-se-á que há aqui uma *deferência* da intencionalidade da lei geral perante a intencionalidade da lei especial, consistindo a subsidiariedade na aplicação daquela apenas quando não contrariada por esta última. Acrescendo a isto que, mesmo quando não resulta da lei especial uma ostensiva *aversão* à aplicação da lei geral, a aplicação da lei geral tenderá a cessar onde implicar diminuição das garantias dos particulares, critério excludente ou negativo que, embora não formulado explicitamente no n.º 5 do art. 2.º do novo CPA — ao contrário do que sucedia no n.º 7 do art. 2.º do velho CPA — se alicerça, sem dificuldade, na presunção de racionalidade das leis e de que o legislador visou consagrar as soluções materialmente mais acertadas (cf. art. 9.º, n.º 3, do Código Civil)<sup>(38)</sup>. Tal entendimento é ainda corroborado pelo próprio preâmbulo do novo CPA, onde se afirma que, no novo n.º 5 do art. 2.º, “(...) estende-se o regime do Código, supletivamente, aos procedimentos administrativos especiais, *no que respeita às garantias reconhecidas no Código aos particulares*” (itá-

---

<sup>(38)</sup> Não obsta a este entendimento, antes o confirma, a perspetiva de JOSÉ MIGUEL SARDINHA, segundo a qual “(...) o atual Código, contrariamente ao Código anterior, não partiu de uma posição de menoridade em matéria de garantias dos particulares, antes *assumindo* que as mesmas, porque constituindo o núcleo fundamental na defesa das posições dos particulares no procedimento administrativo, nunca envolverão, se aplicadas supletivamente, a diminuição das garantias dos particulares nos procedimentos administrativos especiais” — cf. *Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, AA.VV., 2.ª ed., Coimbra, 2022, anotação *sub* art. 2.º, p. 20 (itálico nosso). Com efeito, a *assunção* ou *presunção* do legislador em que radica a solução normativa constitui mero pressuposto da política legislativa e não pode ter o alcance de instituir uma norma cega ou contrariar, em determinadas situações, a finalidade garantística visada, se tal pressuposto for infirmado através do confronto entre os regimes jurídicos geral e especial.

lico nosso) e que “procurou-se uma redação que torne mais flexível o cotejo entre as garantias já vigentes naqueles procedimentos e o regime garantístico resultante do Código, de modo a permitir que a comparação seja feita quanto ao resultado global a que se chega em cada procedimento”<sup>(39)</sup>.

Que a aplicação subsidiária do CPA a procedimentos administrativos especiais tem de assentar neste critério da intencionalidade legislativa, e não num *preenchimento automático* de zonas normativas aparentemente omissas no regime jurídico especial, é lição que se colhe, aliás, da própria jurisprudência do STA. Neste sentido, e mesmo perante uma situação de omissão de previsão do direito de audiência prévia em regime jurídico especial, o STA, embora reconhecendo estar em causa um “princípio estruturante da atividade administrativa” e uma “formalidade essencial” cuja inobservância determina a invalidade do ato administrativo ulteriormente praticado, não deixou de afirmar, no aresto tirado em 7.06.2018 (proc. 1224/17) — em face do anterior CPA, mas em termos que se nos afiguram ainda inteiramente aplicáveis —, que “na ausência de previsão importa determinar se ocorre qualquer aplicação imediata do regime do CPA ou se tal significa que o mesmo foi dispensado”, aferindo “(...) se houve alguma intencionalidade no procedimento especial aqui em causa no sentido de dispensar o referido princípio de audiência prévia”.

**VI.** Sucede que são múltiplos os aspetos que aconselham a maior prudência na averiguação da compatibilidade ou aplicação subsidiária dos arts. 149.º e 167.º do CPA ao procedimento especial de contratação pública e, concretamente, na conclusão a extrair quanto à admissibilidade e aos termos de uma cláusula acessória (condição ou reserva de revogação) preclusiva da adjudicação.

Com efeito, importará levar em conta, nomeadamente, (*i*) a pré-existência, a densidade normativa e a relativa autonomia do CCP no quadro do

---

<sup>(39)</sup> Distanciando-se do critério mencionado pelo próprio legislador, e privilegiando uma ótica *mecanicista* segundo a qual as normas procedimentais do CPA “não se aplicam apenas a procedimentos especiais *se mais favoráveis*”, mas “aplicar-se-ão sempre que inexistir na regulação de tais procedimentos norma específica para o tratamento de determinada questão que reclame ser tratada”, cf. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO/TIAGO SERRÃO/MARCO CALDEIRA/JOSÉ DUARTE COIMBRA, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, Coimbra, 2018 (reimp.), pp. 73-74. Parece-nos, todavia, que o problema se reveste de maior complexidade e que, sem deixar de se reconhecer alguma dissonância entre o preâmbulo e a formulação literal do n.º 5 do art. 2.º do CPA, o critério apontado pelo legislador preserva utilidade, precisamente, nos casos em que o sentido da omissão detetável no procedimento administrativo especial não é evidente e bem pode ter subjacente uma intencionalidade própria ou um reforço da proteção dos particulares que seria defraudado pela aplicação da lei procedimental geral, como mais claramente se expõe adiante, no texto.

ordenamento jurídico-administrativo português, (ii) a ausência de qualquer intuito marcadamente uniformizador subjacente ao CPA, cuja aplicação subsidiária aos procedimentos administrativos especiais continua, como vimos, a não prescindir, no limite, de um juízo comparativo e a ter fundamentalmente em vista o reforço das garantias dos particulares, e (iii) a circunstância de o CCP e de o próprio art. 79.º do CCP terem sido alterados várias vezes após a entrada em vigor do CPA, sem que, das alterações introduzidas ou dos preâmbulos dos diplomas legais que as promoveram, decorra qualquer indício quanto à eventual intenção de modificar o sentido e o alcance do art. 79.º do CCP.

Parecendo-nos, portanto, clara a ausência de uma *intencionalidade legislativa* de fazer aplicar ao procedimento administrativo especial de contratação pública a disciplina dos arts. 149.º e 167.º do novo CPA<sup>(40)</sup>, tal aplicação não poderá ser admitida *qua tale*, mas segundo um critério de subsidiariedade particularmente exigente, em termos que não frustrem (i) nem o dever de adjudicação e o caráter taxativo das hipóteses de não adjudicação legalmente contempladas — ainda que algumas delas se achem configuradas em termos relativamente abertos ou indeterminados —, (ii) nem as *garantias dos particulares* (numa aceção assumidamente ampla) de que a lei rodeia a *ativação* dessas hipóteses, nomeadamente, no que concerne aos deveres de reinício do procedimento — quando aplicável — e de indemnização dos concorrentes — cf. n.ºs 3 e 4 do art. 79.º do CCP.

**VII.** Consequentemente, e da nossa perspetiva, as *cláusulas de não adjudicação* (condição ou reserva de revogação da decisão de contratar), a constar das peças do procedimento, nunca permitirão alicerçar qualquer decisão de não adjudicação de forma autónoma ou para além dos limites traçados pelo art. 79.º do CCP<sup>(41)</sup>. Tais cláusulas apenas podem ser admitidas e relevar na exata medida em que constituam mera concretização de factos ou circunstâncias que, na ausência dessas cláusulas, sempre seriam

---

<sup>(40)</sup> Assinalando que “a solução prevista nos arts. 76.º e 79.º do CCP, enquanto lei especial, *derroga* o regime geral de revogação dos atos administrativos previsto nos arts. 165.º e seguintes do CPA”, vide PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito...*, *cit.*, Vol. II, p. 378.

<sup>(41)</sup> Substancialmente neste mesmo sentido, referindo que “as peças do procedimento têm de respeitar os limites” legalmente decorrentes do art. 79.º do CCP, não podendo prever “fundamentos de revogação do procedimento (em sentido lato, que inclui a decisão de não adjudicação e a revogação da adjudicação) diferentes dos que se encontrem definidos” na lei, cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, *cit.*, p. 951. Naturalmente, temos aqui em vista apenas o regime plasmado no CCP e não disposições constantes de legislação avulsa (cf. nota 45 *infra*).



subsumíveis às hipóteses contempladas no art. 79.º, n.º 1, do CCP e, em especial, nas respetivas alíneas *c*) ou *d*)<sup>(42)</sup>.

Na averiguação desta compatibilidade, há de prescindir-se, logicamente, do caráter imprevisível desses factos ou circunstâncias, a que alude a referida alínea *c*), no que não se vislumbra uma distorção da solução normativa materialmente plasmada nessa disposição legal, desde logo porque a lei, inequivocamente, quis afastar uma exigência de imprevisibilidade. E, assim sendo, do ponto de vista substancial, nenhuma razão se perfila para impedir que se reconheça como fundamento de não adjudicação factos ou circunstâncias explicitados pela entidade adjudicante como tendo, ou podendo ter, esse efeito, caso se viessem a materializar, quando, se não tivessem sido explicitados, seriam invocáveis como fundamento legal de não adjudicação.

Ponto é que, como resulta do que já acima se adiantou, não sirvam tais cláusulas como expediente para que a entidade adjudicante se exima, a descoberto da normação especialmente aplicável, ao dever de adjudicar ou se furte ao cumprimento das obrigações de reinício do procedimento e/ou de indemnização contempladas nos n.ºs 3 e 4 do mesmo art. 79.º. Se assim fosse, estaria aberto o caminho para que, *deixando entrar pela janela aquilo a que o legislador fechou a porta*, as entidades adjudicantes evitassem o cumprimento da lei que rege a contratação pública, suprimindo *garantias dos particulares* (latamente entendidas) nesta consagrada e, assim, contrariando o sentido do próprio n.º 5 do art. 2.º do CPA.

A existência e a salvaguarda dessas *garantias* visam, aliás, a promoção da concorrência e, portanto, a própria satisfação do interesse público visado pela abertura do procedimento, impedindo ou limitando a transferência do *risco administrativo* ou de *alteração das circunstâncias* para os potenciais concorrentes, de que poderia resultar a inibição da apresentação de propostas com interesse para as entidades adjudicantes. Neste como noutros domínios, as abordagens interpretativas que radicam numa perspectiva de maximização da tutela do interesse público podem revelar-se contraproducentes.

---

(42) É a esta luz que entendemos, nomeadamente, o aresto tirado pelo STA em 3.12.2015, no proc. 0913/15, que implicitamente admitiu a validade de uma disposição constante do caderno de encargos que condicionava a adjudicação à aprovação de candidatura da entidade adjudicante a fundos da União Europeia, mas no qual também se afirma que “no caso específico do art. 79.º, n.º 1, alínea *d*), do CCP, *onde seria suscetível de integrar a situação dos autos*, estão em causa circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar que justifiquem que não ocorra o ato de adjudicação” (itálico nosso). Afigura-se-nos ilegítimo, portanto, pretender alicerçar neste aresto entendimento mais amplo do que aquele que acima adotamos, no texto.

**VIII.** Seguindo esta mesma linha de raciocínio, também não nos parece de acolher, efetivamente, a solução de exclusão da indemnização legalmente prevista que propugna PEDRO MONIZ LOPES, invocando que deixam de se verificar os pressupostos da responsabilidade pela confiança. Tese esta que, todavia, mereceu já a recente adesão de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO<sup>(43)</sup>.

É certo que, de acordo com o entendimento tradicional e, sobretudo, no domínio da *culpa in contrahendo*, em caso de rutura das negociações, a doutrina faz depender a obrigação de indemnizar da verificação cumulativa de quatro pressupostos: (i) uma situação de confiança efetiva do lesado; (ii) que essa situação de confiança seja imputável à contraparte — ou, mais amplamente, ao lesante —, em termos justificados face aos dados objetivos; (iii) um investimento de confiança, isto é, a prática de atos externos, juridicamente relevantes, decorrente da confiança gerada; e (iv) a boa fé de quem confiou, entendida na perspetiva objetiva e também subjetiva (ou seja, como convicção genuína de quem confiou e, simultaneamente, como cumprimento pelo lesado dos deveres pré-contratuais que sobre si próprio impendiam)<sup>(44)</sup>.

Contudo, tendo em conta os limitados termos em que, como referimos acima, poderá, a nosso ver, ser aceitável a imposição pela entidade adjudicante de uma *cláusula de não adjudicação*, não nos parece admissível, nem conforme aos demais princípios que regem a atividade administrativa e a contratação pública, distinguir, substancialmente, a proteção outorgada aos concorrentes segundo a existência, ou não, de tais cláusulas.

Ademais, se o n.º 4 do art. 79.º do CCP consubstancia uma específica responsabilidade pela confiança, ela encerra também, em certo sentido, uma *contrapartida pela insusceptibilidade de confiar* que sempre resultaria da relativa amplitude das alíneas c) e d) do n.º 1 do art. 79.º do CCP e da prossecução do interesse público que lhes subjaz, alargando substancialmente a faculdade de *desistência* da celebração do contrato pela entidade adjudicante em face daquilo que é normalmente admitido no domínio das relações pré-contratuais entre sujeitos privados sem que haja lugar a

---

<sup>(43)</sup> Cf. *Direito...*, cit., pp. 281-282.

<sup>(44)</sup> Cf., *inter alia*, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I — Conceitos — Fontes — Formação*, 7.ª ed. (revista por MARIA HELENA BRITO/JORGE MORAIS CARVALHO/ASSUNÇÃO CRISTAS, Coimbra, 2022, pp. 223-224) e BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e ‘venire contra factum proprium’”, in *Obra Dispersa — I*, Braga, 1991, pp. 415-419; autonomizando da *culpa in contrahendo* uma teoria *pura* da responsabilidade pela confiança, não assente no incumprimento de deveres laterais de conduta, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, *passim* e *maxime* p. 480, ss.

indenização da contraparte<sup>(45)</sup>. E, como tal, essa *contrapartida* não poderia ser obliterada mesmo quando se entendesse — diversamente do que sustentamos — que tal cláusula encontra permissão para além do limiar traçado por aquelas alíneas.

**IX.** Complementarmente, esclareça-se que não nos parece que possa, sequer, alargar-se o elenco das razões de interesse público passíveis de fundamentar uma decisão de não adjudicação, ou mesmo de revogação da decisão de adjudicação, para além dos limites decorrentes das alíneas *c)* e *d)* do n.º 1 do art. 79.º do CCP, invocando, para isso, uma ideia de coerência do sistema e a admissibilidade, em termos muito mais amplos, da resolução do contrato administrativo por imperativos de interesse público (cf. art. 334.º do CCP).

É certo que essa ideia aflora, em face de um quadro normativo muito distinto, no pensamento de SÉRVULO CORREIA<sup>(46)</sup> e foi defendida, mais recentemente, por outros Autores, nomeadamente, por MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, segundo o qual a principal consequência da adjudicação, enquanto fundadora de um “direito subjetivo público à celebração do contrato nos termos resultantes do procedimento” é que “a entidade adjudicante não pode revogar o ato de adjudicação sem pagar ao adjudicatário uma indemnização que à partida corresponderá ao interesse contratual positivo”, podendo essa revogação ocorrer “nos contratos onde a entidade adjudicante dispõe do poder de resolver unilateralmente o contrato por motivos de interesse público”<sup>(47)</sup>.

---

(45) Ou seja, a indemnização prevista no n.º 4 do art. 79.º do CCP não está instituída, como sucede na comum responsabilidade pré-contratual pela *rutura de negociações*, para as situações em que se transgride os limites em que essa *rutura* é normalmente considerada justificada, mas para todas as situações em que tal *rutura* ocorre licitamente, precisamente porque os limites em que a mesma pode ser admitida são bastante mais amplos e, ainda, porque não seria razoável, nem conforme ao princípio da igualdade na distribuição dos encargos públicos — nem, em última instância, benéfico para o interesse público —, que, na generalidade dos casos, se fizesse incorrer neste risco de perda os privados que se dispõem a colaborar com a Administração e, por isso, participam num procedimento adjudicatário e suportam as respetivas despesas. A questão poderá, naturalmente, assumir diferentes contornos em face de contratos de especial complexidade e rentabilidade previsivelmente elevada e em que os concorrentes tendem a apresentar um perfil empresarial diferenciado, como se depreende do n.º 3 do art. 18.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio (com alterações posteriores), exclusivamente aplicável às parcerias público-privadas contempladas nesse diploma legal, e sem que se tome aqui posição quanto à constitucionalidade dessa norma ou à densidade da fundamentação exigível para uma decisão de não adjudicação tomada ao seu abrigo sem direito a indemnização, em termos compatíveis com a Constituição.

(46) Cf. *Legalidade...*, cit., pp. 701-703.

(47) Cf. *A Formação...*, cit., p. 1177.

No mesmo sentido pronuncia-se, igualmente, JOÃO PACHECO DE AMORIM, segundo o qual “(...) não se vislumbra qualquer justificação lógica para negar à entidade adjudicante neste momento (entre a adjudicação e a celebração do contrato) o poder que lhe é explicitamente conferido após a celebração do contrato”, ressalvando também que a revogação da decisão de adjudicação, diferentemente do que sucede na fase anterior à adjudicação, há de conferir direito a uma indemnização pelo interesse contratual positivo alicerçada no n.º 5 do art. 167.º do CPA<sup>(48)</sup>.

Não acompanhamos, sem quebra do respeito devido, tal entendimento, pelo menos *de jure condito*. Da nossa perspetiva, opõem-se a ele, hoje em dia, a circunstância de as duas, e diversas, soluções normativas — cf. arts. 79.º e 334.º do CCP — constarem do mesmo diploma legal e de, portanto, essa diversidade não poder ter sido ignorada ou indesejada pelo legislador, ao que acresce a importância de que se reveste, na atividade administrativa do Estado de direito, o princípio da legalidade, aqui entendido na sua vertente da precedência de lei.

X. Na verdade, mesmo admitindo, nalguma medida e com as limitações acima enunciadas, a aplicação subsidiária do CPA e da disciplina de revogação do ato administrativo constante do respetivo art. 167.º aos procedimentos de contratação pública e, nomeadamente, à revogação da decisão de adjudicação, afigura-se-nos que a preservação da intencionalidade legislativa e da autonomia normativa do regime da contratação pública reclamam, também neste plano, uma harmonização em termos tais que a aplicação daquele art. 167.º do CPA, para o efeito de habilitar a entidade adjudicante a revogar a decisão de adjudicar, se cinja às hipóteses já contempladas no art. 79.º do CCP, para fundamentar a não adjudicação.

Aliás, mesmo um Autor tão merecidamente reputado como PEDRO COSTA GONÇALVES, que anteriormente sustentara a existência de uma competência implícita da entidade adjudicante para não adjudicar, pelo menos nas mesmas circunstâncias em que, na condição de contraente público, lhe fosse permitido resolver o contrato por razões de interesse público, nos termos do art. 334.º do CCP, assinala hoje que “(...) não se afigura viável a

---

<sup>(48)</sup> Cf. *As Decisões...*, *cit.*, pp. 128-129. Aderindo também a esta tese, embora reconhecendo que a mesma “não tem acolhimento direto na letra da lei” e que “teria sido sem dúvida útil que o legislador pátrio tivesse consagrado a solução em exame, de modo expresso, na atual versão do CCP”, cf. MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “A responsabilidade civil da entidade adjudicante no âmbito de um procedimento de formação de um contrato público”, in *Comentários...*, *cit.*, Vol. I, p. 314. No entanto, as próprias ressalvas desta Autora evidenciam bem as dificuldades em alicerçar a tese em apreço *de jure condito*.

configuração de um poder implícito de revogação dos procedimentos de adjudicação naqueles termos”, não podendo aceitar-se “(...) um poder implícito por analogia (fundado na analogia com um poder explícito)”<sup>(49)</sup>.

PEDRO COSTA GONÇALVES não deixa, todavia, de admitir a revogação da decisão de adjudicação quando as circunstâncias a que se refere a alínea *d*) do n.º 1 do art. 79.º do CCP ocorram depois da adjudicação e antes da celebração do contrato, com base no art. 167.º, n.º 2, alínea *c*), do CPA<sup>(50)</sup>.

Pela nossa parte, também esta última hipótese não nos parece já de repudiar, na medida em que não extravasa a teleologia do art. 79.º, n.º 1, do CCP, cujo alcance ou espectro regulatório se estende, assim, para além da própria adjudicação.

#### 4. Conclusão

Em síntese, afigura-se-nos que se mantém acertado o entendimento segundo o qual não pode a entidade adjudicante, à luz da lei portuguesa, inserir, nas peças do procedimento, cláusula que tenha em vista habilitar a decisão de não adjudicação para além dos limites legalmente permitidos: a *cláusula de não adjudicação* (condição ou reserva de revogação da decisão de contratar) *praeter legem* não deve ser admitida. Ademais, o disposto nos n.ºs 3 e 4 do art. 79.º do CCP em circunstância nenhuma pode ser postergado.

Com o alcance de mera explicitação ou antevisão de circunstâncias justificativas da eventual *alteração de aspetos fundamentais das peças do procedimento*, ou que, de forma irremediável, *afetem os pressupostos da decisão de contratar* — cf. alíneas *c*) e *d*) do n.º 1 do art. 79.º do CCP, respetivamente —, tais cláusulas, antecipando (e em medida nenhuma restringindo) o leque de circunstâncias suscetíveis de obstar à adjudicação em conformidade com a lei, apenas terão, porventura, a utilidade de promover a ponderação e a racionalidade da decisão de contratar, a par do reforço da transparência e da segurança jurídica.

---

<sup>(49)</sup> Cf. *Direito...*, *cit.*, p. 951.

<sup>(50)</sup> Cf. *Direito...*, *cit.*, pp. 944-945. Mesmo quando se admita, nestes termos, a revogação da decisão de adjudicação, a indemnização a que o concorrente terá, então, direito não poderá encontrar-se confinada ao âmbito previsto no n.º 4 do art. 79.º, estando em causa a ablação de um direito consolidado à celebração e à execução do contrato, como, de resto, reconhece PEDRO COSTA GONÇALVES (cf. *Direito...*, *cit.*, p. 945).

As razões materiais que subjazem a este entendimento são, aliás, extensivas à própria revogação da decisão de adjudicação, que, pelo menos *de jure condito*, deve conter-se dentro dos limites traçados pela alínea *d*) do n.º 1 do art. 79.º do CCP, não podendo aceitar-se, no domínio da contratação pública e a respeito da revogação da decisão de adjudicação, aplicação mais ampla do art. 167.º, n.º 2, do CPA ou o recurso à aplicação analógica do art. 334.º do CCP.