

# O CONCURSO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

## ALGUNS ASPECTOS

*Pelo Prof. Doutor Fausto de Quadros*

### SUMÁRIO:

- 1 — *Objecto do estudo.*
- 2 — *O princípio da legalidade nos concursos públicos.*
- 3 — *A sanção do princípio da legalidade nos concursos públicos*
  - I — Inexistência e invalidade em Direito Administrativo;
  - II — A violação do princípio da legalidade como fonte da inexistência jurídica do concurso público;
  - III — Um exemplo;
  - IV — Regime contencioso da inexistência jurídica do concurso.
- 4 — *A adjudicação do contrato sob a condição de negociações posteriores com o adjudicatário*
  - I — Ponto de partida: a ilegalidade da adjudicação com esse conteúdo;
  - II — A questão da admissibilidade de um acto administrativo definitivo sujeito a condição;
  - III — A adjudicação condicionada a negociações contraria a natureza e a função do acto de adjudicação;
  - IV — A adjudicação condicionada a negociações desvirtua a função do concurso e modifica o objecto do contrato a formar;
  - V — A adjudicação condicionada a negociações infringe os princípios da igualdade dos concorrentes e da imparcialidade da Administração;
  - VI — A adjudicação condicionada a negociações viola os princípios da boa fé, da segurança jurídica e da confiança legítima;

- VII — A adjudicação condicionada a negociações é ilegal esteja ou não prevista no Caderno de Encargos;
  - VIII — Domínio material do art. 94.º do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto;
  - IX — A inexistência jurídica da adjudicação condicionada a negociações e do respectivo contrato;
  - X — Um exemplo.
- 5 — *Breve nota final.*

### 1. *Objecto do estudo*

Em matéria de formação dos contratos administrativos o Direito Administrativo português tem-se defrontado com evidentes dificuldades para se estabilizar e se desenvolver (1).

Para isso tem contribuído, antes de mais, o teimoso e indisculpável esquecimento a que o legislador tem votado esta matéria, insistindo em fazer perdurar, mesmo nos nossos dias, a inexistência de um regime legislativo geral ou comum dos contratos administrativos, do tipo do contido, para não irmos mais longe, na Lei dos Contratos do Estado espanhola, de 8 de Abril de 1965, com as modificações que ulteriormente lhe foram introduzidas, designadamente pela Lei de 17 de Março de 1973. A dimensão e a gravidade desta omissão da parte do Poder Legislativo ganham ainda maior relevo com o alargamento do conceito de contrato administrativo no nosso Direito Administrativo, levado a cabo finalmente, e numa iniciativa louvável, pelo art. 9.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril (2).

---

(1) Já era essa a conclusão de três obras clássicas que na matéria se escreveram neste século entre nós: JOÃO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de serviços públicos — sua natureza jurídica*, Coimbra, 1914; JOÃO DE MELO MACHADO, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, dissertação, Coimbra, s.d., mas presumindo-se, pelo conteúdo da obra, que ela terá sido publicada cerca de 1937-38; e ARMANDO MARQUES GUEDES, *A concessão (Estudo de Direito, Ciência e Política Administrativa)*, diss., Coimbra, 1954.

(2) Neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, lições policopiadas, vol. III, Lisboa, 1985, pgs. 409 e segs. e 424 e sgs.; e ARTUR

Esse silêncio do legislador está, inclusivamente, na origem da ostensiva e reiterada indisciplina da Administração Pública nesta área, traduzida na recusa, quase generalizada, do respeito, nesta matéria, pelo Direito que a obriga, e que nalguns casos se traduz em elementares princípios gerais de Direito ou em regras básicas de grau constitucional.

O contrato administrativo é um contrato regido pelo Direito Público, concretamente, pelo Direito Administrativo, sem embargo de alguns dos aspectos do seu regime serem regulados pelo Direito Privado, como é o caso da capacidade para contratar (3). Como tal, é o Direito Administrativo que disciplina a formação do contrato, dispondo, desde logo, sobre o modo de encontrar o co-contratante da Administração Pública, designadamente, sobre se deve ou não haver concurso e, no caso afirmativo, que tipo de concurso, sem prejuízo da maior ou menor autonomia que pode deixar, se quiser, à vontade das pessoas colectivas públicas na auto-regulamentação dessas matérias, *respeitadas que fiquem as normas imperativas de Direito Público aplicáveis*. Parece, todavia, que, como unanimemente sustenta a doutrina, a regra geral deve ser a da formação do contrato por via do concurso público, desde logo por ser o meio que oferece maiores garantias de seriedade, de isenção, de melhor satisfação do interesse público e melhor gestão dos dinheiros públicos, e de respeito pela livre e sã concorrência (4). É aliás esse, claramente, o sentido do Direito Comparado, que tem, nesta matéria, como um dos seus expoen-

---

MAURÍCIO/DIMAS DE LACERDA/SIMÕES REDINHA, *Contencioso administrativo*, Lisboa, 1985, nota 1 ao citado preceito, pg. 21.

(3) LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, t. I, 2.ª ed., Paris, 1983, especialmente pgs. 548 e segs.; GARCIA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 3.ª ed., Madrid, 1981, pgs. 574 e segs. e 600 e segs.; ERICHSEN/MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, in Peter Badura e outros, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5.ª ed., Berlin, 1981, pgs. 255 e segs.; WOLFF/BACHOF, *Verwaltungsrecht*, t. I, 9.ª ed., Munique, 1974, pgs. 343 e segs.

(4) FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, vol. III, pgs. 437-438; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, t. I, 10.ª ed., Coimbra, 1973, pg. 597; LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, pgs. 597 e segs.; GARCIA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pg. 601; SAYAGUÉS LASO, *Traité de Droit Administratif*, t. II, Paris, 1964, pg. 31.

tes, a já citada Lei espanhola dos Contratos do Estado <sup>(5)</sup>. Mas não é essa a orientação do Direito português vigente. Tomando como exemplo o diploma mais recente sobre a matéria (de entre a diversa legislação avulsa que regula a formação dos contratos administrativos), o Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, que veio definir o novo regime jurídico das empreitadas e do fornecimento de obras públicas, vemos que ele coloca em pé de igualdade o concurso público e o concurso limitado.

Neste trabalho vamo-nos debruçar, muito em concreto, sobre dois dos vícios que hoje em dia mais frequentemente afectam os concursos públicos levados a cabo pela Administração Pública portuguesa, sobretudo os concursos abertos para a formação do contrato de concessão de serviço público:

1.º A abertura de um concurso público sem a publicação *prévia* das normas que disciplinam o concurso, ou sequer das regras que fixam o objecto e o regime jurídico do contrato de concessão que o concurso pretende formar, designadamente das regras que devem presidir à outorga da concessão;

2.º A adjudicação da concessão sob condição, dependendo a verificação dessa condição de «negociações» entre o dono do concurso e o adjudicatário, negociações que nuns casos nem têm objecto previamente definido, mas que noutros casos podem incidir sobre «prestações financeiras», «preços», «prazos» de cumprimento, «condições de prestação» do respectivo serviço, etc.

A prática administrativa portuguesa tem vindo a demonstrar que os concursos públicos abertos pela Administração, em especial pelos institutos públicos, colocam problemas de legalidade em muitos outros domínios. Mas neste estudo limitar-nos-emos a estudar as duas situações referidas, que entendemos serem as mais graves na matéria.

Vejamos então, separadamente, uma e outra situação.

---

<sup>(5)</sup> V. os arts. 69.º e 87.º dessa Lei (que só exclui dessa regra, e por razões muito específicas, o contrato de empreitada de obras públicas), e, em sentido concordante, por todos, GARCIA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pg. 603. No mesmo sentido, mas restrito a certos tipos de concessões de serviços públicos, p. ex., o Decreto francês de 8-2-46 — v. SAYAGUÉS LASO, *op. e loc. cit.*

## 2. O princípio da legalidade nos concursos públicos

A primeira situação traduz-se em um concurso público ser aberto sem à data estarem publicadas (e, porventura, até não aprovadas) as normas que regulem o processo do concurso, ou, até mesmo, as que definam o objecto do concurso e o regime jurídico do contrato de concessão para o qual o concurso foi aberto, designadamente as regras que hão-de presidir à outorga da concessão.

Esta questão reconduz-se ao problema da sujeição dos concursos públicos, abertos para a formação de contratos administrativos, ao princípio da legalidade da Administração, ou seja, ao princípio da submissão da Administração à lei.

A simples abertura de um processo de concurso público para a formação de um contrato administrativo consiste já numa manifestação do poder administrativo, numa forma de actividade administrativa. Desde logo, e só por isso, ela encontra-se subordinada, como toda a actividade administrativa, ao princípio da legalidade. Para tanto, nem é necessário perdermos tempo com a tentativa de caracterização do acto de abertura do concurso, segundo a sua estrutura.

Independentemente de, desse ponto de vista, revestir a natureza de oferta ao público ou de promessa unilateral de contrato — questão que tem sido muito debatida sobretudo na doutrina civilista francesa <sup>(6)</sup> mas que neste estudo é irrelevante —, esse acto apresenta, para o Direito Administrativo, uma dupla função: consiste, simultaneamente, na formalidade que desencadeia

---

<sup>(6)</sup> PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, 1952, pgs. 123 e segs.; COLIN/CAPITANT, *Traité de droit civil*, actualizado por Juillot de la Morandière, t. II, Paris, 1948, pgs. 34 e segs.; ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert, t. IV, pgs. 143 e segs.; AUBERT, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, 1970; CÉLICE, *Les réserves et le non-vouloir dans l'acte juridique*, Paris, 1968; GHESTIN, *Traité de droit civil; le contrat*, Paris, 1980, pgs. 154 e segs.; MAZEAUD/CHABAS, *Leçons de droit civil*, 6.<sup>a</sup> ed., Paris, 1978, pg. 115. V., entre nós, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, t. I, Lisboa, 1980, pg. 567.

o processo administrativo gracioso que conduzirá ao acto definitivo da adjudicação, ou da recusa em adjudicar, e na primeira formalidade do processo de formação do contrato administrativo de concessão, contrato esse que ficará *perfeito* com a adjudicação (esteja ou não esta dependente de aprovação pela pessoa tutelar, se a houver) mas que só se celebrará, ou não, num momento ulterior à adjudicação <sup>(7)</sup><sup>(8)</sup>. Contudo, quer numa quer noutra função, a abertura do concurso traduz-se em actividade administrativa e, como tal, está subordinada ao princípio da legalidade.

No Direito Administrativo moderno, e, portanto, segundo a concepção actual do Estado de Direito, o princípio da legalidade (*Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung* ou *Prinzip der Vorbehalt des Gesetzes*) exprime, não apenas um limite à actuação da Administração, mas, mais do que isso, o próprio *fundamento jurídico* da actividade administrativa, e *de toda a actividade administrativa* <sup>(9)</sup>. Isto quer dizer, antes de tudo o mais, que todo e qualquer comportamento da Administração — não apenas a actividade unilateral, traduzida na aprovação de regula-

<sup>(7)</sup> Esta dupla função do processo do concurso é pouco tratada na doutrina, mas entre nós é reconhecida por FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, vol. III, pg. 438.

<sup>(8)</sup> No sentido de que o contrato administrativo se perfaz no momento do acto administrativo da adjudicação definitiva, v. o art. 32.º da Lei espanhola dos Contratos do Estado e a opinião concordante de GARCIA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pg. 604.

<sup>(9)</sup> HENRY, *Vers la fin de l'État de Droit?*, in *Revue du droit public et de la science politique* 1977, pg. 1207; RIVERO, *Droit administratif*, 10.ª ed., Paris, 1983, pgs. 15 e segs. e 80 e segs.; WOLFF/BACHOF, *op. cit.*, t. I, pgs. 147 e segs.; VON MÜNCH, *Verwaltung und Verwaltungsrecht*, in Peter Badura e outros, *op. cit.*, pgs. 44 e segs.; ADAMOVITCH/FUNK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., Viena, 1984, pgs. 98 e segs.; ANTONIOLLI/KOJA, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., Viena, 1986, pgs. 207 e segs. e 232 e segs., e bibliografia seleccionada aí citada; LAUBADÈRE, *Manuel de Droit Administratif*, 12.ª ed., Paris, 1982, pgs., 93 e segs.; LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, t. I, 9.ª ed., Paris, 1984, pgs. 206 e segs.; e DUPUIS/GUÉDON, *Institutions administratifs — Droit Administratif*, Paris, 1986, pgs. 65 e segs. Entre nós, MARCELLO CAETANO, *op. cit.*, t. I, pgs. 28 e segs.; FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, vol. II, pgs. 192 e segs.; e MARCELO REBELO DE SOUSA, *O princípio da legalidade administrativa na Constituição de 1976*, in *Democracia e Liberdade* n.º 13 (1980), pgs. 7 e segs.

mentos e na prática de actos administrativos, como também a actividade bilateral, que se materializa na celebração de contratos administrativos <sup>(10)</sup><sup>(11)</sup> — deve estar previsto e permitido por lei anterior, sob pena de se afectar a sua própria existência jurídica. O princípio da legalidade da Administração, com esse entendimento, decorre do primado da lei e, na generalidade dos Estados de sistema político de tipo ocidental, por se traduzir no primeiro princípio estruturador do Direito Administrativo, tem consagração constitucional, como acontece com o art. 266.º n.º 2 da nossa Constituição <sup>(12)</sup>.

Portanto, se à data da abertura do concurso não estiver publicado o diploma que autorize a Administração a abrir o concurso, que defina com pormenor o objecto e os fins da concessão, que contenha as regras que disciplinem os trâmites do processo do concurso e, inclusive, os requisitos da outorga do respectivo contrato, todo o processo do concurso é ilegal, desde a própria abertura do concurso, inclusive, o que, nos termos gerais de Direito, afecta a validade — mais: a própria existência jurídica — do contrato que por essa via se formou.

O Direito positivo português confirma o que acabámos de escrever. De facto, tanto o Decreto-Lei n.º 211/79, de 12 de Julho, como o já citado Decreto-Lei n.º 235/86 (que, todavia, como mostraremos, não se aplicam à situação que estamos a examinar), ao definirem, respectivamente nos seus arts. 4.º n.º 2 e 49.º, o concurso público para os efeitos daqueles diplomas, pressupõem que aquele concurso, em cada caso concreto, esteja regulado por lei anterior que, entre o mais, enuncie os requisitos que deverão reunir os concorrentes.

---

<sup>(10)</sup> Expressamente neste sentido, FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, vol. II, pg. 223; e, ainda mais incisivamente, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Lisboa, 1987, pgs. 532 e segs. e 610 e segs.

<sup>(11)</sup> Os meros factos jurídicos, outra das manifestações da actividade administrativa, não nos interessam aqui.

<sup>(12)</sup> VITAL MOREIRA/GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, Coimbra, 1985, pgs. 418 e segs.

### 3. *A sanção do princípio da legalidade nos concursos públicos*

I. Em Direito Administrativo há duas sanções para a ilegalidade: a inexistência e a invalidade, revestindo esta última as modalidades da nulidade (ou nulidade absoluta) e da anulabilidade (ou nulidade relativa) (13).

Não nos parece haver dificuldade em se distinguir a inexistência da nulidade.

São inexistentes, desde logo, os actos e contratos aparentes, ou seja, que nem existiram *de facto* ou que existiram *de facto* mas que juridicamente não reuniam um ou mais dos seus elementos essenciais (14). O nosso Supremo Tribunal Administrativo acolheu essa doutrina no Acórdão proferido pela 1.ª Secção em 1969 no caso de *Gomes Silvério* (15), que mereceu o aplauso do Professor *Marcello Caetano* (16), confirmando-a depois, por exemplo, em 1982, nos Acórdãos proferidos, respectivamente, pelo Tribunal Pleno e pela 1.ª Secção, nos casos de *Augusto Luis Martha, Sucessores, Lda.* (17) e do *Dr. Abel Campos* (18).

Diferentemente, são nulos os actos e contratos que reúnem todos os seus elementos essenciais, mas que violam a lei de forma grave e evidente. Esses actos e contratos existem, mas estão fulminados com a sanção da nulidade radical ou absoluta, ou, simplesmente, nulidade (19).

(13) Por todos, MARCELLO CAETANO, *op. cit.*, t. I, pgs. 512 e segs.; FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, vol. III, pgs. 301 e segs. e 312-313; GARCIA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pgs. 511 e segs.; AUBY/DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. II, 2.ª ed., Paris, 1975, especialmente pgs. 432 e segs.; LAUBADÈRE, *op. cit.*, pg. 108; e RIVERO, *op. cit.*, pg. 113.

(14) Por todos, JOUVE, *Recherches sur la notion d'apparence*, in *Revue du droit public et de la science politique* 1968, pg. 283; GARCIA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *op. e loc. cit.*.

(15) In *Acórdãos Doutrinários* n.º 98, pg. 194.

(16) *Op. cit.*, t. I, pg. 513 n.

(17) In *Ac. Doutr.* n.ºs 248/249, pg. 1.130.

(18) In *Ac. Doutr.* n.º 255, pg. 279.

(19) GARCIA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *op. e loc. cit.*; FREITAS DO AMARAL, *op. e loc. cit.*.

Não obstante a doutrina privatista, sobretudo em França, se orientar no sentido de, no Direito Civil dos Contratos, não se distinguir a inexistência jurídica da nulidade (20), a doutrina publicista conserva essa distinção quanto aos contratos administrativos, na esteira, aliás, de *Gaston Jèze* (21)(22). E o Conselho de Estado francês já aderiu há muito a essa corrente. De facto, no caso *Vuitton*, julgado em 1930, o Conselho de Estado decidiu que um contrato administrativo de concessão era inexistente (e não só nulo) pelo facto de o acto administrativo de adjudicação ter sido «só aparente e não real» (23). Essa jurisprudência recebeu o apoio da doutrina (24).

II. Por aqui se vê que a violação do princípio da legalidade no processo de concurso — como processo de formação do contrato administrativo — tem como sanção a inexistência jurídica de todo o concurso, estendendo-se, portanto, ao acto administrativo de adjudicação e ao próprio contrato. A inexistência jurídica do próprio contrato por efeito da inexistência jurídica do processo que o prepara decorre dos princípios gerais, mas, mesmo assim, há leis que expressamente o consagram: é o caso

(20) ESMEIN, *op. cit.*, t. VI, pg. 365; COMENDY, *Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et les nullités d'ordre public*, in *Revue trimestrielle de droit civil* 1911, pgs. 33 e segs.; LOYER, *Des actes inexistantes*, diss., Rennes, 1908. Não é essa, porém, a orientação que julgamos dominante na doutrina civilista portuguesa — v., por todos, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, Coimbra, 1960, págs. 414-415.

(21) *Les Contrats Administratifs*, Paris, t. I, 1927, pg. 45.

(22) Por todos, AUBY, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, diss., Paris, 1947, pags. 222 e segs.; BLAEVOET, *Essai sur l'inexistence*, diss., Paris, 1938, pg. 106; DUPEYRON, *La régularisation des actes nules*, Paris, 1972, pgs. 3 e segs.; PROSPER WEIL, *Une réssurrection: la théorie de l'inexistence en droit administratif*, in *Rec. Dalloz* 1958, Ch., pg. 49; BRÉCHON-MOULÈNES, *Remarques sur la notion de nullité absolue dans le contentieux des contrats administratifs*, in *Semaine juridique — Jurisclasseur périodique* 1973-I, pg. 2588; MODERNE, *Sanctions relatives a la validité des contrats*, in *Collectivités locales*, t. III, pgs. 3090 e segs.; e, mais recentemente, LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, pgs. 572 e 504.

(23) Acórdão de 22-1-30, in *Recueil Lebon* 1930, pg. 81.

(24) AUBY, *op. e loc. cits.*; BLAEVOET, *op. e loc. cits.*; LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, pg. 572.

dos arts. 40.º e 47.º da Lei espanhola dos Contratos do Estado (25).

De facto, se é inexistente o contrato administrativo concluído com base na lei, isto é, previsto e permitido por lei, mas ao qual faltam um ou mais elementos essenciais, por maioria de razão o é o contrato gerado por um processo de concurso público que, no todo ou em parte, não teve sequer base legal e, portanto, fundamento jurídico, porque pura e simplesmente não estava previsto e disciplinado *previamente* na lei. É o caso da situação abstracta que temos vindo a analisar, isto é, da abertura de um concurso público sem à data estarem publicadas as normas que regulem o processo do concurso e o regime da concessão. Parece não restarem dúvidas de que esse desrespeito pelo princípio da legalidade, ou seja, a abertura do concurso sem que este esteja à data previsto e permitido por lei, se traduz no mais grave vício de que ele pode enfermar e, portanto, inquina todo o processo de formação do contrato, incluindo o acto de adjudicação e o contrato propriamente dito, de inexistência jurídica.

Neste sentido se orientam a doutrina e a jurisprudência francesas. Com efeito, *Auby* (26), *Prosper Weil* (27) e *Laubadère* (28), amparados em riquíssima jurisprudência do Conselho de Estado (29), não hesitam em defender que a violação do princípio da legalidade determina para o acto ou o contrato administrativo em questão uma «irregularidade particularmente grosseira e flagrante», que ultrapassa a simples nulidade. Em obra posterior e mais desenvolvida, *Laubadère, Venezia e Gaudemet* iriam ainda mais longe na clareza das suas posições nesta matéria, escrevendo expressamente, e também com apoio em vasta e brilhante jurisprudência do Conselho de Estado francês que citam, que os actos ou os contratos administrativos «que não estejam previstos

---

(25) Em sentido favorável, GARCIA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pgs. 597 e 643.

(26) *Op. e loc. cits.*

(27) *Op. e loc. cits.*

(28) *Op. cit.*, pgs. 108-109.

(29) Seleccionada e arrolada por LAUBADÈRE, *op. e loc. cits.*

por disposição legislativa» anterior encontram-se feridos de «inexistência jurídica» (30).

No próprio Direito Administrativo português encontramos fortes argumentos a favor do acolhimento desta construção.

De facto, o art. 88.º do Decreto-Lei n.º 100/84 («Lei das Autarquias Locais»), que vale hoje como princípio geral do Direito Administrativo português (31), enuncia, de forma taxativa, os casos de nulidade no Direito português. Aí encontramos contempladas deliberações que, *não obstante previstas e permitidas por lei anterior*, não respeitaram algum ou alguns dos elementos essenciais que deveriam reunir. Por exemplo, não revestiram a «forma legal» (al. e)). Ora, se é assim, compreende-se que seja fulminado com a sanção mais grave da inexistência jurídica o acto ou o contrato que nem sequer se encontravam previstos, autorizados e disciplinados por lei anterior.

III. Vamos agora ilustrar o que acima defendemos com um exemplo real de um contrato de concessão de serviço público que, a nosso ver, está ferido de inexistência jurídica por infracção ao princípio da legalidade.

Por anúncio publicado em 6 de Janeiro de 1984 no *Diário da República* (32), foi aberto, por um instituto público (mais concretamente: serviço personalizado do Estado), concurso público internacional para concessão de um serviço público. Esse anúncio não especificava ao abrigo de qual diploma legislativo é que o concurso era aberto (o que constituía a primeira exigência do princípio da legalidade na matéria), não dizia se o instituto público em causa estava autorizado a abrir esse concurso, não enunciava as regras do concurso, e até era pouco explícito na descrição do

---

(30) *Op. cit.*, pg. 277. Contemporaneamente sustentavam o mesmo LAUBADÈRE/MODERNE/ DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, pg. 572; e BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Paris, 1984, pg. 260, que recorda que a inexistência jurídica como sanção de actos e contratos administrativos resultou, em França, de criação jurisprudencial, e que o Conselho de Estado francês distingue claramente entre o acto ou contrato «*nul et de nul effet*» e «*nul et non avenue*» (os itálicos são nossos).

(31) FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, t. III, pgs. 308-310.

(32) III série, n.º 5, Suplemento.

próprio objecto do contrato a formar: pouco mais dizia do que que o contrato em vista era um contrato de concessão de serviço público.

Apareceram os concorrentes, decorreu o acto público do concurso, o processo seguiu os seus trâmites, manifestamente improvisados porque não previstos em lei, e, em Junho do mesmo ano, deu-se a adjudicação ao concorrente escolhido para co-contratante.

Só em 23 de Agosto desse ano, o Decreto-Lei n.º 287/84 veio autorizar o instituto público em questão a abrir concurso público para o efeito, ou seja, a iniciar o processo de formação do respectivo contrato (art. 1.º) e definir quais as bases gerais às quais deveria obedecer o contrato de concessão (art. 2.º e bases anexas àquele diploma). Essas bases gerais vinham disciplinar tudo: o objecto e o âmbito da concessão, o tipo de empresa que podia concorrer, o regime de exploração do serviço a conceder, o tarifário, os direitos e os deveres do concessionário, a duração da concessão, enfim, todo o processo do concurso até à adjudicação e à celebração do contrato bem como o regime da concessão.

A prova de que sem esse diploma, e antes de ele ser publicado, nem o instituto público em causa estava autorizado a abrir o concurso, nem este se encontrava previsto, permitido e disciplinado por lei, é que o Governo sentiu necessidade de o aprovar e de o fazer publicar — desde logo, sentiu necessidade, no seu preâmbulo, de justificar, demoradamente, as próprias razões da abertura do concurso. Só que o fez demasiado tarde para que se pudesse respeitar o princípio da legalidade quanto ao processo do concurso. Nada melhor do que a publicação tardia desse decreto-lei para demonstrar que não foi observado o princípio da legalidade quanto ao processo do concurso, pelo que todo esse processo, incluindo a adjudicação, bem como o contrato, estão feridos de inexistência jurídica.

E, de facto, antes da publicação do citado Decreto-Lei n.º 287/84 não havia qualquer diploma legal que autorizasse a abertura do referido concurso público e que o disciplinasse.

Desde logo, isso extrai-se dos termos do próprio contrato de concessão, que fundamenta a outorga daquele contrato naquele Decreto-Lei n.º 287/84 e não em qualquer outro diploma anterior à abertura do concurso.

Também não se aplicava ao concurso em questão o Decreto-Lei n.º 211/79, de 12 de Julho, que veio disciplinar «as despesas que hajam de efectuar-se com obras e aquisição de bens e serviços para aos organismos do Estado, incluindo os dotados de autonomia administrativa e financeira», entre os quais se incluía o concedente. E não se aplicava por duas razões: primeiro, porque a concessão do serviço público em causa não cabia nem na definição de aquisição de bens, constante do art. 2.º daquele diploma, nem na de aquisição de serviços, inserta no art. 3.º do mesmo decreto-lei; depois, porque, caso o concurso em questão ou o respectivo contrato tivessem querido fundar-se nesse diploma, decerto o teriam dito, e nunca o fizeram. Aliás, note-se que, mesmo que ao contrato de concessão de serviço público em questão se aplicasse este Decreto-Lei n.º 211/79, o respectivo concurso público tinha, na mesma, de ser previsto e disciplinado por lei especial, como expressamente se impõe no seu art. 4.º n.º 2, 1.ª parte, onde se exige que lei especial defina previamente as «condições gerais» do concurso.

Não se aplicava ao concurso em causa também o Decreto-Lei n.º 511/79, de 24 de Dezembro, desde logo porque o concedente não era uma empresa pública mas sim, como dissemos, um serviço personalizado do Estado.

Tão-pouco se aplicava ao concurso o Decreto-Lei n.º 235/86, que, como já referimos, define o regime jurídico das empreitadas de obras públicas.

Está a generalizar-se a tendência da Administração Pública, e especialmente das empresas públicas, para não se preocuparem com obter a definição prévia do regime jurídico da formação dos contratos administrativos e para depois conduzirem esse processo, indiscriminadamente, segundo o regime das empreitadas de obras públicas, regulado hoje nesse Decreto-Lei n.º 235/86. Este caminho é manifestamente errado e ilegal, porque equivale a reconhecer que tal diploma regula o regime geral ou comum dos contratos administrativos. Ora é esse próprio diploma a dizer que não pode ser assim, porque, conjugando os seus arts. 1.º n.º 1 e 234.º n.º 1, vê-se que ele apenas disciplina o processo de formação dos contratos de empreitadas de obras públicas e de fornecimentos

de obras públicas, pelo que não se aplicará a quaisquer outros contratos, designadamente aos contratos de concessão de serviço público (hipótese sobre a qual estamos debruçados), sem remissão expressa pelos diplomas que vierem a disciplinar cada um dos processos de formação do respectivo contrato. No caso específico das empresas públicas, e tratando-se de aquisição de bens de equipamento e serviços, esse comportamento é tanto mais estranho quanto é certo que o citado Decreto-Lei n.º 511/79 dispõe que ela se deverá regular necessariamente pelo disposto em directivas internas de compras, elaboradas por cada empresa e aprovadas pelo Ministro da Tutela e pelo Ministro da Indústria. Essas directivas terão de reunir os requisitos aí previstos e, sem elas, não poderão ser aprovados os orçamentos das respectivas empresas (33).

---

(33) Há empresas públicas que se têm furtado a elaborar as directivas que o Decreto-Lei n.º 511/79 impõe, com o fundamento de a isso estarem dispensadas pelo facto de o art. 3.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, consagrar o princípio geral da sujeição do estatuto jurídico das empresas públicas ao Direito Privado. Nada de mais errado, desde logo porque uma coisa nada tem a ver com a outra. O facto de, em regra, o estatuto das empresas públicas ser regido pelo Direito Privado não as dispensa de estarem subordinadas às normas imperativas de Direito Público, como acontece com todas as pessoas jurídicas, singulares ou colectivas, públicas ou privadas. Ora, as normas constantes do citado Decreto-Lei n.º 511/79 são normas *imperativas* de Direito Público, que, aliás, a maioria das empresas públicas tem vindo a respeitar. E seria bom que as empresas públicas em falta e o Governo, como órgão da pessoa colectiva tutelar, tomassem também consciência de que, nas empresas públicas que não regem a aquisição de bens de equipamento e de serviços por directivas elaboradas em conformidade com aquele diploma, desde a sua entrada em vigor são *juridicamente inexistentes* todos os actos de aquisição de bens de equipamento e de serviços, assim como são *nulos* todos os seus orçamentos, por força do estatuído no art. 3.º desse Decreto-Lei. Daí podem advir, quer para as empresas públicas naquelas condições quer para a pessoa tutelar, graves consequências no domínio, pelo menos, da responsabilidade civil e administrativa, porque, nos termos gerais da teoria da inexistência e da invalidade do acto jurídico, *qualquer pessoa* poderá, *a todo o tempo*, pedir ao tribunal a declaração da inexistência daqueles actos de aquisição ou a declaração da nulidade dos orçamentos, e essa declaração produzirá efeitos *ex tunc*.

No sentido de que mesmo os contratos de Direito Privado celebrados pela Administração são precedidos de concurso regulado *pelo Direito Público* (e não pelo Direito Civil), GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milão, 1981, pgs. 463 e segs.; DEBBASCH, *Institutions et Droit Administratif*, t. II, Paris, 1978, pg. 166; entre nós, SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, pgs. 545 e segs.

Na ausência entre nós de uma Lei dos Contratos Administrativos, à semelhança do que mostrámos ser o caso espanhol, o processo de formação da vontade em qualquer contrato administrativo, salvo os contemplados pelos diplomas especiais acabados de citar, deve estar previamente definido por acto legislativo, ou pelo menos deve remeter para algum dos diplomas citados, sob pena de inexistência jurídica do respectivo contrato por violação do princípio da legalidade.

IV. Essa inexistência jurídica pode, nos termos gerais, ser invocada perante os tribunais a todo o tempo <sup>(34)</sup>. É o que o Conselho de Estado francês tem vindo a sustentar de forma constante na sua jurisprudência <sup>(35)</sup>. Do exclusivo ponto de vista das garantias contenciosas, a inexistência jurídica nada adianta, pois, à nulidade absoluta. Portanto, mesmo que não se aceite a distinção entre a nulidade e a inexistência jurídica quanto aos contratos administrativos — o que já demonstrámos não constituir a linha dominante nem na doutrina nem na jurisprudência —, e, portanto, que se sustente que, na hipótese que analisámos, o processo do concurso e, com ele, o acto de adjudicação e o contrato não estão feridos de inexistência mas apenas de nulidade, esta poderia, na mesma, ser invocada a todo o tempo perante os tribunais, nos termos gerais da teoria da invalidade do acto jurídico.

#### 4. *A adjudicação do contrato sob a condição de negociações posteriores com o adjudicatário*

I. O segundo vício dos concursos públicos do qual nos propusemos ocupar neste trabalho consiste em se adjudicar o contrato sob a condição de negociações, ulteriores à adjudicação, entre o dono do concurso e o adjudicatário, alegadamente com o intuito de obter deste a alteração do conteúdo da sua proposta em domínios como «preços», «prazos», «prestações financeiras», «condições de prestação» do serviço público, etc.

---

<sup>(34)</sup> V., respectivamente, os Autores citados *supra* nas ns. 26, 27, 28 e 29.

<sup>(35)</sup> Cfr. jurisprudência referida *supra* na n. 29.

Embora este comportamento se esteja a generalizar de forma preocupante nos concursos públicos levados a cabo pela nossa Administração, ele não tem sido, que saibamos, objecto de estudo da parte da nossa doutrina de Direito Administrativo. Mas convém que não tarde mais a demonstração de que essa prática, para além de ilegítima, é ilegal, porque ofende frontalmente princípios gerais de Direito aos quais a Administração Pública deve obediência e infringe de modo directo regras básicas do Direito positivo português, algumas delas consagradas na própria Constituição.

É verdade que neste vício também têm incorrido muitos concursos limitados a que se tem lançado mão para a formação de contratos administrativos. Mas ocupar-nos-emos dele neste trabalho a pensar apenas nos concursos públicos. Todavia, o que vamos dizer nesta matéria quanto aos concursos públicos aplica-se integralmente aos concursos limitados.

Para começar, e como já afirmámos, a adjudicação feita nesses termos é, sem dúvida, ilegal, e a vários títulos.

II. Note-se que nem sequer temos necessidade de discutir aqui a legalidade de um acto administrativo definitivo praticado sob condição, como é o caso da adjudicação realizada com o conteúdo que agora lhe estamos a atribuir.

O problema das chamadas «cláusulas acessórias» (*Nebenbestimmungen*) do acto administrativo definitivo, entre as quais se situa a condição, tem despertado a atenção sobretudo da doutrina de língua alemã. A tendência desses autores, amparada, no caso da República Federal da Alemanha, na lei (especialmente, no art. 36.º da Lei do Processo Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)), é a de só admitir actos sujeitos a cláusulas acessórias nos casos expressamente previstos na lei ou quando a cláusula acessória em causa fizer indivisivelmente parte, pela sua natureza, do próprio conteúdo do acto. A admissão dessas cláusulas acessórias é mais fácil nos actos discricionários e nos actos constitutivos de direitos, mas sempre com a condição essencial

de elas em nada prejudicarem o fim prosseguido pelo acto administrativo <sup>(36)</sup>.

III. Mesmo independentemente, porém, desse problema, a adjudicação dum contrato administrativo sob a condição de negociações futuras com o adjudicatário, com vista a este modificar a sua proposta, contraria a própria natureza e a função do acto de adjudicação no processo de formação do contrato.

De facto, a adjudicação consiste — repetimo-lo —, não só para a doutrina, como também para o Direito positivo, num acto definitivo que põe termo ao processo do concurso, como processo de formação do contrato administrativo, tornando, desde logo, perfeito o contrato. Ela contém, portanto, uma decisão definitiva sobre a escolha do co-contratante e sobre o próprio conteúdo do contrato a formar (sem prejuízo de poder traduzir-se na decisão de não contratar com qualquer dos concorrentes <sup>(37)</sup>). Por isso, com a adjudicação ficam definitivamente fixados quer a pessoa do co-contratante quer o conteúdo do respectivo contrato. Entre nós, existem pelo menos duas disposições legais que, uma melhor que outra, definem assim a adjudicação: o art. 98.º n.º 1 do já citado Decreto-Lei n.º 235/86 e o art. 2.º n.º 4 do Decreto-Lei n.º 390/82, de 17 de Setembro, que regula os fornecimentos às autarquias locais e concessões de exclusivos pelos órgãos autárquicos.

Ora tudo isto é infringido com as negociações posteriores à adjudicação, sempre que elas incidam sobre aspectos substan-

---

<sup>(36)</sup> ADAMOVITCH/FUNK, *op. cit.*, pg. 258; ANTONIOLLI/KOJA, *op. cit.*, pg. 510; WOLFF/BACHOF, *op. cit.*, t. I, pgs. 409 e segs.; FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10.ª ed., Munique, 1973, § 11, n.º 5; ERICHSEN/MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, in Peter Badura e outros, *op. cit.*, pgs. 195-196; SCHACHEL, *Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten*, Berlim, 1979, pgs. 45 e segs. GARCIA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ parecem não andar muito longe dessa corrente e citam um exemplo de condição co-natural ao acto: a ordem dada pelo alcaide aos comerciantes no sentido de limparem a neve do passeio fronteiro aos seus estabelecimentos encontra-se, naturalmente, sujeita à condição da queda de neve — *op. cit.*, t. I, pgs. 488-489.

<sup>(37)</sup> LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, pg. 401.

ciais ou essenciais do contrato, como sejam os preços (incluindo o regime da sua revisão), os prazos de cumprimento, as chamadas «prestações financeiras», principais ou acessórias, etc. A simples existência dessas negociações significa que o conteúdo essencial do contrato, fixado no momento da adjudicação, pode vir a ser alterado posteriormente a ela, em resultado dessas negociações; significa, em suma, que o contrato em que o processo do concurso vai desembocar pode vir a ser diferente, até porventura no seu tipo, daquele para o que foi aberto o concurso, para o qual os concorrentes apresentaram as suas propostas, e no qual já houvera adjudicação definitiva. Ora, uma e outra coisa brigam com a função do acto de adjudicação, que deve, em termos de decisão final da Administração, pôr termo ao processo do concurso e tornar definitivamente perfeito o contrato.

IV. Mas não são apenas a natureza e a função do acto de adjudicação que são postas em causa com a adjudicação condicionada à modificação ulterior da proposta aprovada: é o próprio concurso que é desvirtuado, na sua função e no seu escopo, e é o próprio objecto do contrato a formar que é unilateralmente alterado — unilateralmente, porque sem o conhecimento prévio nem a participação dos outros concorrentes.

De facto, o concurso público não pretende apurar uma qualquer proposta, mas a proposta «mais vantajosa» para o contraente público e para o interesse público. Este é o primeiro critério universalmente consagrado para a adjudicação<sup>(38)</sup>. Qualquer comportamento diferente da parte da Administração, diz o Conselho de Estado francês, infringe «princípios gerais de Direito que regem os concursos»<sup>(39)</sup>.

Por isso, nem é necessário que a lei diga que a adjudicação será efectuada a favor da proposta «mais vantajosa», porque é essa

---

<sup>(38)</sup> LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, pgs. 621 e segs.; GARCIA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pg. 603, que fala na «proposta mais vantajosa ou conveniente»; e ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, 2.ª ed., Milão, 1940, pg. 545.

<sup>(39)</sup> Acórdão de 16-3-32, caso da *Société des Établissements Bartissol e outro*, in *Recueil Lebon* 1932, pg. 308.

a função essencial do concurso. Mas, mesmo assim, di-lo, em Espanha, o art. 15.º do Regulamento de Contratação das Autarquias Locais, de 9 de Janeiro de 1953 (40). E di-lo também, entre nós, o art. 93.º do citado Decreto-Lei n.º 235/86, ao definir o regime jurídico das empreitadas e dos fornecimentos de obras públicas. Ora, fica por demonstrar se outros concorrentes, não beneficiados com a adjudicação, não satisfariam o objecto das negociações de modo mais vantajoso e conveniente para o interesse público e, porventura, até em termos mais económicos para o contraente público.

De facto, com que exactidão se pode afirmar que a proposta escolhida na adjudicação, mas mais tarde modificada por acordo firmado *exclusivamente* entre o dono do concurso e o adjudicatário, é a mais vantajosa, se, sobre os aspectos negociados, em rigor, não houve concurso, isto é, se sobre eles não se ficou a conhecer a posição dos outros concorrentes, porque as negociações só tiveram lugar com o adjudicatário? É legítimo presumir-se que qualquer deles poderia, se também tivesse participado nessas negociações, ter satisfeito os fins do concurso e, portanto, o objecto do contrato, em termos mais vantajosos para o interesse colectivo e até mais benéficos para os dinheiros públicos.

Isso põe em causa a própria razão de ser do concurso público, desnaturando-o em formas que praticamente se reconduzem ao ajuste directo, dado que o conteúdo e a substância do contrato se vão verdadeiramente decidir, na sua essência, em negociações a entabular apenas entre o contraente público e o co-contratante *já previamente escolhido* (41).

É que aquilo que na realidade se passa, juridicamente, quando o dono do concurso adjudica sob a condição de negociações ulteriores com o adjudicatário é que este *substitui* a sua proposta inicial, que apresentara ao concurso, por uma *nova proposta*,

---

(40) Cfr. GARCIA DE ENTERRÍA/ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pg. 603.

(41) LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ consideram ser elemento essencial do regime jurídico do concurso público a «adjudicação aberta», o que só é alcançado, para os Autores, se a adjudicação puser definitivamente termo ao concurso e se este, até então, e em cada momento, tomar em consideração *todos* os concorrentes admitidos ao concurso — *op. cit.*, t. I, pgs. 592 e segs. (597).

que *já não é sujeita a concurso*. Por isso, mais do que a adjudicação *sob a condição* de negociações com o adjudicatário temos aqui a adjudicação a uma *nova* proposta que *não foi ao concurso*, e que, por isso, vai conduzir a um *novo contrato*, diferente do pré-figurado e anunciado quando da abertura do concurso. Houve, pois, a simulação de um concurso com determinadas propostas; mas o que *efectivamente* aconteceu foi o ajuste directo com *uma nova proposta, à margem do concurso*.

A não previsão e a não delimitação dessas negociações no Caderno de Encargos ainda mais agrava a ilegalidade e a ilegitimidade desse comportamento do contraente público, porque faz com que a modificação da proposta vencedora ocorra num vazio, que propicia à Administração um total arbítrio e não lhe coloca limites no seu desejo de modificar, eventualmente por completo, o tipo, a natureza e o conteúdo do contrato, por confronto com o contrato anunciado na abertura do concurso.

O que fica dito em nada é prejudicado pelo facto de, eventualmente, a modificação da proposta do adjudicatário, que se vai negociar, dever ter lugar, nos termos da adjudicação, no sentido mais favorável ao contraente público: «baixar os preços», «melhorar as prestações financeiras», etc. Em primeiro lugar, não se pode excluir que, *na economia global do contrato*, os contraentes não beneficiados com a adjudicação satisfizessem ainda melhor do que o adjudicatário (melhor para o contraente público e para o interesse colectivo) o novo conteúdo desejado para a proposta vencedora. Em segundo lugar, mesmo vindo a proposta vencedora a ser modificada em sentido mais favorável ao contraente público, é claro que se está a proceder a uma alteração ao contrato, nos termos em que este ficou perfeito *no momento da adjudicação*, alteração essa sobre a qual não são ouvidos os demais concorrentes.

Tudo isso se agrava se a proposta de um outro concorrente, que não o adjudicatário, tiver oferecido «melhores preços» do que o adjudicatário ou «condições financeiras» superiores às do adjudicatário, porque nesse caso, segundo o critério da probabilidade normal, utilizado em Direito, é de admitir que esse concorrente, em princípio, estivesse mais próximo de melhorar a sua proposta em termos de vencer a proposta escolhida na adjudica-

ção, se lhe tivesse sido dada a oportunidade de negociar e modificar a sua proposta, o que só foi concedido ao adjudicatário.

V. Todavia, e como atrás deixámos escrito, a adjudicação condicionada a negociações com o adjudicatário viola também princípios gerais de Direito e normas elementares do Direito positivo português, alguns acolhidos na própria Constituição, e que se aplicam, sem dúvida, aos contratos administrativos, sobrepondo-se à autonomia contratual da Administração (42).

A lei pode conferir ao dono do concurso maior ou menor autonomia na condução dos trâmites do processo do concurso e na própria escolha do co-contratante — com a única condição de que essa autonomia tenha base e medida na lei, por respeito pelo princípio da legalidade, nos moldes em que o recortámos atrás.

Mas essa autonomia também por aqui confundir-se-á com o arbítrio e, por isso, será contrária ao Direito, se for tão longe que consinta ao dono do concurso soluções ou comportamentos que, duma forma ou doutra, se traduzam na infracção ao princípio da igualdade dos concorrentes em todo o processo do concurso e até ao termo do processo de formação do contrato. O princípio da igualdade nesta matéria mais não é do que uma expressão de dois princípios constitucionais básicos do nosso ordenamento jurídico: o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, enunciado no art. 13.º da Constituição (43), e o princípio da livre, sã e leal concorrência, que decorre da filosofia político-económica do sistema da Economia de Mercado, ainda que na forma de Economia Social de Mercado, construído pelo nosso texto constitucional (44), e reforçado pela nossa adesão às Comu-

---

(42) Assim, também SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, 532 e segs.

(43) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *op. cit.*, vol. I, pgs. 147 e segs.; MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO, *Princípio de igualdade: fórmula vazia ou fórmula carregada de sentido?*, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 358, Lisboa, 1987.

(44) O princípio da livre concorrência está, a nosso ver, consagrado numa disposição básica da nossa Constituição, o art. 81.º al. f), mesmo se não em conformidade com o espírito ou a letra doutros preceitos constitucionais. Todavia, ainda que mais pelo modo como tem vindo a ser executada do que pelo que no seu texto

nidades Europeias e à sua Ordem Jurídica <sup>(45)</sup><sup>(46)</sup><sup>(47)</sup>. Por isso, o princípio da igualdade entre os concorrentes num concurso público ocupa, na hierarquia das fontes de Direito, o nível da Constituição.

Para se respeitar o princípio da igualdade dos concorrentes no processo do concurso e, concretamente, no acto de adjudicação, é, pois, necessário que a todos e a cada um deles tenham sido concedidas *iguais oportunidades* de demonstrarem, ao longo do processo do concurso, a sua capacidade para poderem ver as respectivas propostas seleccionadas e, também, que o acto de adjudicação os trate a todos eles de modo igual, pondo termo, *quanto a todos eles*, pela positiva ou pela negativa, ao processo do concurso. Ora, no caso da adjudicação sob condição de negociações ulteriores, o princípio da igualdade não é respeitado, pelo menos

---

dispõe, a Constituição, sobretudo a partir da revisão de 1982, suporta a interpretação de que consagra um sistema de Economia Social de Mercado, embora, no plano ideológico, de pendor fortemente socializante — assim, SOUSA FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, vol. I, Lisboa, 1982-83, pgs. 175 e 197.

(45) Sobre o princípio da livre concorrência como princípio fundamental do regime jurídico do concurso e, particularmente, do acto de adjudicação, por último, LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, pgs. 597 e segs.; e GARCIA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pgs. 598 e 601.

(46) Sobre a Economia Social de Mercado e a sua projecção no mundo do Direito, especialmente REINHARD, *Soziale Marktwirtschaft*, Tubinga, 1969; LUDWIG ERHARD/MÜLLER-ARMACK, *Soziale Marktwirtschaft — Ordnung der Zukunft*, Munique, 1972; FRANK, *Das System der sozialen Marktwirtschaft*, Munique, 1974; BADURA, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, Francoforte, 1971, e *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, Tubinga, 1966; e FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades Europeias*, Sumários desenvolvidos de lições, ed. da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1983, ponto 44.

(47) Acerca das imposições do Direito Comunitário da Concorrência, v., por todos, SCHERER, *Die Wirtschaftsverfassung der EWG*, Baden-Baden, 1970; GIDE/LOYRETTE/NOUEL, *Le droit de la concurrence de la C.E.E.*, 4.ª ed., Paris, 1982; WIATT/DASHWOOD, *The Substantive Law of The EEC*, Londres, 1980, pgs. 247 e segs.; CAMPBELL, *EC Competition Law*, Amesterdão, 1980; MEST-MÄCKER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Munique, 1974; VON DER GROEBEN/VON BOECKH/ THIESING, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 3.ª ed., 2 vols., Baden-Baden, 1982, anotações aos arts. 85.º e segs.; e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pontos 45 a 52.

por esta elementar razão: é que aos concorrentes afastados da adjudicação não se dá a oportunidade, que se concede *exclusivamente ao adjudicatário*, de tentarem melhorar as condições por eles oferecidas no concurso, por forma a demonstrarem que eram capazes, também eles, de aperfeiçoar ou melhorar as suas propostas, *porventura até em termos de elas, a final, serem mais vantajosas e convenientes*.

O princípio da igualdade entre os concorrentes impõe, pois, que todos os concorrentes sejam tratados de modo igual ao longo do processo do concurso; que as suas propostas sejam, durante todo esse processo, apreciadas em função exclusiva do respectivo mérito objectivo; e que a adjudicação signifique, *para todos eles*, o acto de selecção *final*, de opção *definitiva* entre as respectivas propostas, de modo a, através dela, e *em função exclusiva das propostas apresentadas*, se escolher, em definitivo, e de modo devidamente fundamentado, o co-contratante da Administração.

As negociações com o adjudicatário em momento ulterior à adjudicação privilegiam, pois, ilegitimamente, o adjudicatário, enquanto concedem, apenas a ele, acesso a condições contratuais que aos outros concorrentes não foram dadas a conhecer e que, portanto, eles não puderam discutir.

Por conseguinte, e em resumo, a adjudicação condicionada a negociações com o adjudicatário infringe o princípio da igualdade entre todos os concorrentes, co-natural a qualquer concurso.

Mas não só. O favorecimento ostensivo que daí decorre para o adjudicatário, e que, como mostrámos, pode desnaturar o concurso num ajuste directo e levar até à subversão da natureza, do conteúdo e do objecto do contrato a formar, põe em causa a isenção e a imparcialidade da Administração. Num Estado de Direito, como pretende ser o nosso, o princípio da imparcialidade da Administração consiste num princípio fundamental do Direito Administrativo, que entre nós obteve expressa consagração constitucional (art. 266.º n.º 2 da Constituição). Aliás, o princípio da imparcialidade e o princípio da igualdade interpenetram-se, dado que a imparcialidade da Administração postula, entre o mais, o tratamento igual de todos os cidadãos (48).

---

(48) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *op. cit.*, vol. II, pgs. 416 e segs., anotação VII.

O respeito nos concursos públicos pelo princípio da igualdade entre os concorrentes e, como seu reflexo, pelo princípio da livre concorrência entre todos eles, tem sido exigido incessantemente, e de forma constante, na França, pela doutrina <sup>(49)</sup> e por rica jurisprudência do Conselho de Estado que desde o início do século se tem vindo a formar na matéria <sup>(50)</sup>. Uma e outra consideram que ambos esses princípios são infringidos quando, seja a que título for, a Administração sujeita os concorrentes a quaisquer discriminações jurídicas ou discriminações de facto, susceptíveis de, de algum modo, beneficiar ou prejudicar um ou mais concorrentes em relação aos demais <sup>(51)</sup>.

Todavia, a doutrina e a jurisprudência francesas pouco inovam nesta matéria porque esses traços do regime dos concursos públicos constam expressamente do *Code des marchés publics*, aprovado pelos Decretos de 17 de Julho de 1964 e de 29 de Novembro de 1966. Assim, o art. 39.º n.º 2 desse Código, quanto aos contratos do Estado, e o seu art. 250.º n.º 2, quanto aos celebrados pelas autarquias locais, impõem, de forma expressa, o respeito rigoroso, em todo o processo de formação do contrato administrativo, da plena concorrência <sup>(52)</sup>.

Estes dados fornecidos pelo Direito francês são muito importantes em termos de Direito Comparado, porque representam a sedimentação do regime jurídico definido para os concursos há mais de um século, dado que o primeiro diploma que em França veio regular a formação de contratos administrativos a concluir pelo Estado foi o Decreto de 18 de Novembro de 1882 <sup>(53)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> Por todos, LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, pgs. 609 e segs.

<sup>(50)</sup> Desde o Ac. de 30-3-906, caso *Ballande*, in *Recueil Lebon* 1906, pg. 281, e numa série interminável de arestos, dos quais os mais importantes se encontram arrolados por LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. I, pg. 610.

<sup>(51)</sup> V. levantamento efectuado na obra citada na n. anterior, pg. 610.

<sup>(52)</sup> LAUBADÈRE/VENEZIA/ GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, pg. 399.

<sup>(53)</sup> LAUBADÈRE/VENEZIA/ GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, pgs. 396 e segs.; FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, 2 vols., Bruxelas, 1969; e DELVOLVÉ, *Les marchés des entreprises publiques*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique* 1971, pg. 1287.

VI. Mas a adjudicação sob condição de negociações posteriores com o adjudicatário, se viola o princípio da igualdade entre os concorrentes e se contraria o princípio da imparcialidade da Administração, também infringe um novelo de princípios gerais de Direito que, em globo, se reconduzem ao princípio da boa fé, especialmente através de dois dos seus corolários, os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.

Também a Administração Pública está obrigada a obedecer à *bona fide* nas relações com os particulares. Mais: ela deve mesmo dar, também aí, o exemplo aos particulares da observância da boa fé, em todas as suas várias manifestações, como núcleo essencial do seu comportamento ético. Sem isso nunca se poderá afirmar que o Estado (e com ele outras pessoas públicas) é «pessoa de bem»<sup>(54)</sup>. E a manutenção, na opinião pública de um Estado Democrático, da consciência de que o Estado é pessoa de bem, em lugar de se transformar no modelo de pessoa sem escrúpulos no cumprimento da lei e dos princípios meta-jurídicos que o regem, ou sem normas éticas e irresponsável no seu comportamento quotidiano, é condição *sine qua non* da própria credibilidade das instituições públicas.

Ora a regra da boa fé impõe, num concurso público, que a Administração respeite as expectativas criadas aos concorrentes pela admissão das suas propostas.

A ideia de Direito exprime-se pelos fins que ele prossegue: a *paz*, a *justiça* e a *segurança*. A norma jurídica busca a realização desses três objectivos, entre outras formas, assegurando o respeito pela regra da boa fé. Ao Direito não pode ser indiferente o princípio do *servare fides* enquanto pressuposto que é do próprio funcionamento da ordem de convivência<sup>(55)</sup>.

---

(54) Neste sentido, ANTUNES VARELA, editorial em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 117.º, pg. 3; e o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo funcionando em Pleno, de 6-6-84, caso de *Antónia de Jesus Aurélio*, in *Acórdãos Doutrinários* n.º 289, pgs. 62 e segs.

(55) BAPTISTA MACHADO, *Tutela da confiança e «venire contra factum proprium»*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 117.º, pgs. 229 e segs. (231); e MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, diss., 2 vols., Lisboa, 1984, *passim*, especialmente vol. I, pgs. 527 e segs.

Dos três objectivos apontados à ideia de Direito aquele que se prende mais com a regra da boa fé é o da segurança, através de uma das suas manifestações: o princípio da segurança jurídica ou da confiança legítima. Portanto, segurança jurídica e confiança legítima são dois importantes corolários da própria regra da *bona fide* <sup>(56)</sup>. E dizem essencialmente o mesmo, embora os juspublicistas prefiram falar em *segurança jurídica* e os jusprivatistas em *confiança legítima* ou apenas *confiança*.

O princípio da segurança jurídica ou da confiança legítima consiste numa regra ético-jurídica fundamentalíssima na colectividade política, que manda assegurar as legítimas expectativas dos cidadãos. Por isso, a Ordem Jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem, como primeira condição da segurança jurídica entre os cidadãos da respectiva colectividade política. «*Poder confiar* é uma condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens», escreve *Baptista Machado* <sup>(57)</sup>. Por isso, o princípio da confiança surge-nos como um princípio *originário* na vinculação normativa recíproca de dois sujeitos de Direito <sup>(58)</sup>. Respeitar as expectativas legítimas criadas aos cidadãos traduz-se num factor fundamental da Paz Jurídica numa dada colectividade política <sup>(59)</sup>.

O princípio da boa fé, do qual, repetimos, o princípio da confiança é corolário, tem de ser visto como possuindo hoje, entre nós, consagração constitucional, incluído como está no princípio da imparcialidade e da justiça na actividade administrativa, definido no art. 266.º n.º 2 da Constituição. Não era necessário, aliás, que a Constituição se ocupasse da boa fé, já que esta se impõe com o valor de fonte primária de Direito, como princípio geral de Direito que é.

---

(56) MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, sobretudo *loc. cit.*, e vol. II, pgs. 1234 e segs. e 1241 e segs.

(57) *Op. cit.*, pg. 232.

(58) BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, pgs. 361 e segs.

(59) JOHANNES KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tubinga, 1981, pgs. 280 e segs.; e JÜRGEN HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. I, Francoforte, 1981, sobretudo pgs. 435 e segs.

Especificamente no que toca à tutela da confiança, que foi expressamente assumida pelo actual Código Civil <sup>(60)</sup>, ela constitui hoje, sem qualquer dúvida, um princípio geral e básico de todo o Direito português, e, por conseguinte, também do Direito Administrativo <sup>(61)</sup>. A sua violação faz incorrer o infractor em «responsabilidade por confiança», que, quando a infracção à tutela da confiança não se traduza na violação de um contrato anteriormente celebrado, consiste numa modalidade de responsabilidade extra-contratual <sup>(62)</sup>. Além disso, a infracção ao princípio da confiança pode também enquadrar-se em sede de *abuso do direito*, com todas as consequências que daí advêm quer no domínio da invalidade do acto jurídico quer no da responsabilidade <sup>(63)</sup>.

Ora, a sujeição da adjudicação num concurso público a negociações ulteriores com o adjudicatário, a fim de se obter deste a modificação da sua proposta, atenta frontalmente contra esses princípios, e particularmente no caso de essas negociações e aquela modificação não estarem previstas no Programa do Concurso e no Caderno de Encargos.

Os concorrentes, ao apresentarem-se ao concurso, confiaram no jogo limpo e às claras da apreciação objectiva e da leal e livre concorrência entre as suas diversas propostas. A simples abertura do concurso gerou neles essa legítima expectativa. Confiaram eles também na opção *definitiva* a realizar pela adjudicação,

---

<sup>(60)</sup> ANTUNES VARELA, *Do Projecto ao Código Civil*, Lisboa, 1966, pgs. 11 e segs.; e MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, vol. I, pgs. 574 e segs.

<sup>(61)</sup> Todavia, a doutrina e a jurisprudência de Direito Constitucional e de Direito Administrativo não evoluíram entre nós até ao ponto das suas homólogas na República Federal da Alemanha, onde o princípio da «segurança jurídica» ou da «paz jurídica» («*Rechtssicherheit*» ou «*Rechtsfrieden*») é considerado expressamente como uma das manifestações do *princípio da legalidade* e um elemento da construção dogmática do *princípio do Estado de Direito* — por todos, ERICHSEN/MARTENS, *op. cit.*, pgs. 228 e segs.; FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, t. I, 10.<sup>a</sup> ed., 1973, pg. 261; e jurisprudência citada nas duas obras.

<sup>(62)</sup> LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed., Munique, 1982, pg. 114; VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Munique, 1978, pgs. 28 e segs.

<sup>(63)</sup> Cfr. CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, Lisboa, 1973, pgs. 625 e segs.; BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, pgs. 363 e segs.

*entre todas as propostas, com consideração de todas elas, e devidamente fundamentada, daquela que fosse a proposta «mais vantajosa».* Essa confiança, essas expectativas, são violentamente ofendidas se se acaba por não se respeitar *o próprio princípio do concurso* nem na escolha do co-contratante, nem na fixação do conteúdo do contrato, nem na escolha da proposta mais vantajosa — dado que tudo isso fica directamente dependente da falibilidade e do arbítrio das negociações posteriores à adjudicação, pelas razões que atrás expusemos.

Em suma, e para concluir, é toda a estrutura do princípio da boa fé na sua aplicação ao concurso público que desaba, com todas as consequência que daí advêm para a Administração quer no domínio da validade da adjudicação e do contrato a formar quer no plano da responsabilidade (64).

VII. Até agora temos partido do princípio de que o Programa do Concurso e o Caderno de Encargos não prevêem negociações com o adjudicatário nem, por conseguinte, a modificação da proposta vencedora. Nesse caso, aplica-se integralmente tudo o que escrevemos, especialmente que, por aí, se vai alterar o conteúdo do contrato já perfeito com a adjudicação e sem respeito pela regra do concurso, porque nas negociações não participam os outros concorrentes.

Tem sido essa, aliás, a regra: não conhecemos nenhum caso em que a Administração tenha negociado com o adjudicatário a modificação da proposta vencedora *com previsão antecipada*

---

(64) Tem interesse referir que, por inspiração sobretudo do Direito Público alemão federal, o Direito das Comunidades Europeias desde há muito que elaborou o princípio da segurança jurídica ou da confiança legítima como um dos princípios fundamentais da estruturação de toda a Ordem Jurídica Comunitária — v., assim, H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tubinga, 1972, pg. 511; e ZULEEG, *Das Recht der europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich*, Colónia, 1969, pg. 244. Também nós temos adoptado essa orientação, situando esse princípio entre os princípios fundamentais do Direito Comunitário, de índole económica: nosso ensino oral da disciplina de Direito Comunitário ao 5.º ano de Direito, na Faculdade de Direito de Lisboa, no ano lectivo de 1986-87, e sumários das aulas, publicados na Faculdade, Parte I, Capítulo II, § 4.º b) 4.º.

dessa modificação nos respectivos Programa do Concurso e Caderno de Encargos.

Mas é legítimo perguntar: e caso o respectivo Programa do Concurso ou o Caderno de Encargos o previssem? A apresentação de proposta por cada um dos concorrentes, ao implicar a sua adesão ao Programa do Concurso e às condições do Caderno de Encargos, não iria significar que as negociações posteriores à adjudicação ficavam juridicamente cobertas pela autonomia contratual das duas partes?

Não hesitamos em dar uma resposta negativa.

A autonomia contratual, tanto em Direito Civil como em Direito Administrativo, cede perante normas imperativas de Direito Público. Ora, como demonstrámos, as negociações com o adjudicatário com vista a modificar a proposta escolhida contrariam o princípio da igualdade dos cidadãos, o princípio da boa fé e o princípio da justiça e da imparcialidade da Administração, que valem como princípios gerais de Direito, mesmo antes de terem entre nós consagração constitucional; e infringem o princípio geral de Direito Administrativo, ainda quando não se encontre acolhido na lei ordinária — o que não é o caso entre nós —, segundo o qual o concurso público termina com o acto definitivo da adjudicação, pelo que a modificação da proposta vencedora e, com ela, do contrato, após a adjudicação, não respeitou o concurso porque ocorreu à sua margem.

VIII. Nenhum argumento se poderá extrair em contrário ao que acabámos de escrever do facto de o art. 94.º do já citado Decreto-Lei n.º 235/86 permitir, «quando se trate de um concurso com *propostas condicionadas* ou projectos ou *variantes* da autoria dos concorrentes» (65), que o dono da obra acorde com o adjudicatário em alterações à sua proposta.

Em primeiro lugar, recordamos que estamos a escrever este trabalho a pensar especialmente no concurso público aberto para a formação do contrato de concessão de serviço público. Ora, aquele preceito nunca se aplica a esse concurso, porque está con-

---

(65) Os itálicos são nossos.

tido no diploma que rege exclusivamente o regime jurídico das empreitadas de obras públicas e fornecimento de obras públicas. E, tratando-se de norma excepcional, não se aplicará por analogia.

Mas, independentemente disso, é claro que com aquela disposição legal se não quis vir autorizar o dono do concurso a levar a cabo negociações com o adjudicatário por forma a este modificar a proposta vencedora sobre domínios essenciais do conteúdo do contrato, como é o caso de «preços», «prazos» e «prestações financeiras», por exemplo; mas apenas se pretendeu esclarecer o conteúdo da proposta escolhida quanto à opção por soluções apresentadas e tornadas públicas, logo quando da abertura do concurso, *em alternativa*, isto é, sob a forma de *variantes*, ou de modo *condicional*. As alterações eventualmente a introduzir não versam, portanto, sobre aspectos essenciais do contrato e visam, apenas, de modo meramente *formal*, especificar o conteúdo da prestação. E nada no texto literal daquela disposição legal consente interpretação diferente desta <sup>(66)</sup>.

Por último, e diga esse preceito o que disser, ele terá de se subordinar, na hierarquia das fontes de Direito, aos princípios gerais de Direito, com ou sem valor constitucional, que já demonstrámos que determinam a ilegalidade da adjudicação condicionada a negociações e, portanto, do respectivo contrato a formar.

IX. Chegados a esta altura deste estudo, estamos já em condições de determinar qual a sanção que decorre para a ilegalidade da adjudicação condicionada a negociações com o adjudici-

---

(66) O art. 94.º do Decreto-Lei n.º 235/86 tem como antecedente histórico o art. 91.º do Decreto-Lei n.º 48 871, de 19-2-69. Fizemos parte da comissão nomeada pelo Ministro das Obras Públicas para elaborar o projecto deste diploma e fomos um dos dois juristas que elaboraram o seu ante-projecto, como ficou a constar do *Diário do Governo* e do relatório final dos trabalhos da comissão. Como não houve actas das reuniões da Comissão, permita-se-nos a nota pessoal, extraída dos nossos apontamentos, de que a Comissão rejeitou *expressamente*, nos trabalhos preparatórios do Decreto-Lei n.º 48 871, que o seu art. 91.º viesse a permitir modificações à proposta vencedora, após a adjudicação, que incidissem sobre aspectos diferentes dos que indicamos no texto, concretamente sobre o conteúdo essencial do contrato e, especificamente, sobre «preços», «revisão de preços», «prazos de cumprimento e execução», «prestações financeiras» e «remunerações».

catório com vista a este modificar a proposta vencedora e, portanto, para a ilegalidade do contrato que é celebrado na sequência dessa modificação.

Essa sanção só pode ser a da pura e simples *inexistência jurídica quer do acto administrativo definitivo e executório da adjudicação quer do respectivo contrato*. E tem de ser assim porque, em rigor, não há aqui nem adjudicação nem contrato, mas apenas *aparência de adjudicação e aparência de contrato*.

A função da adjudicação é — repetimo-lo uma vez mais — a de *pôr termo ao concurso e tornar perfeito o contrato*, ao escolher definitivamente o co-contratante e fixar, também *em termos definitivos*, o conteúdo, isto é, todo o clausulado do contrato. Ora, quando a adjudicação não cumpre essa função *porque não torna perfeito o contrato, antes remete a fixação do conteúdo do contrato para fora do concurso*, na medida em que cláusulas essenciais do contrato só vão ficar definidas *após a adjudicação e sem a participação dos outros concorrentes* (numa subversão do «concurso» num autêntico ajuste directo), em rigor não temos concurso nem temos adjudicação: a perfeição do contrato, e a fixação do seu conteúdo, terão lugar após a pseudo-adjudicação e sem concurso, antes através de um *ajuste directo* entre o dono do concurso e o adjudicatário, ajuste directo que se seguirá a negociações apenas a dois, arbitrariamente conduzidas pelo dono do concurso (*arbitrariamente*, desde logo porque dirigidas sob a ameaça de, caso não resultarem, provocarem a anulação pelo dono do concurso de todo o concurso), e que desembocarão na modificação da proposta escolhida e, só então, na fixação, em conformidade com essa modificação, do conteúdo do contrato. Veja-se: a adjudicação, nesse caso, vale apenas como escolha da proposta com cujo autor o dono do concurso vai depois, a sós, discutir o conteúdo do contrato, que vai, portanto, ficar fixado mais tarde e, por conseguinte, *fora do concurso*. Ou seja, e como já atrás dissemos, o que aqui, na realidade, temos é a escolha da proposta que o dono do concurso pede ao adjudicatário que *substitua por uma nova proposta*, que, por conseguinte, não vai ser sujeita a concurso, porque nasce *depois do concurso e fora dele*.

Ora isto nada tem a ver com a natureza e a função que o Direito Administrativo confere à adjudicação como acto definitivo de escolha do co-contratante e de perfeição do contrato, como decorre, já o escrevemos atrás, *maxime* do art. 98.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 235/86 (67).

Estamos, pois, perante um acto administrativo «aparente», que juridicamente é um acto inexistente, como já tivemos oportunidade de demonstrar neste trabalho (68).

Mas também está afectado de inexistência jurídica o próprio contrato administrativo ao qual dá lugar a adjudicação sujeita a negociações com vista à modificação da proposta vencedora.

De facto, o contrato a que se chegou, com o conteúdo que possui, não foi aquele que resultou do concurso, *foi um outro contrato*, formado *à margem e à revelia do concurso* (porque sem a participação dos outros concorrentes) e *em ajuste directo* entre o dono do concurso e o autor da proposta escolhida na adjudicação. Também aqui temos, pois, *mera aparência de contrato*.

De harmonia com o art. 280.º do Código Civil, o negócio jurídico que se limita a ser «*contrário à lei*» é nulo, entendendo-se como «*contrário à lei*» o negócio que *existe*, mas apenas «*cuja realização material se não pode impedir, mas que a lei reprova, considerando-o ferido de nulidade*» (69). Trata-se, portanto, de um negócio juridicamente existente, embora reprovado pela lei. Não admira, pois, que o contrato que *juridicamente nem sequer existe*, porque em seu lugar vemos apenas uma «aparência» de contrato, nos surja fulminado com a mais grave sanção que o Direito pode aplicar a um acto jurídico, e que é a da simples e completa *inexistência jurídica*.

Portanto, no caso da adjudicação condicionada a negociações ulteriores com o adjudicatário, *juridicamente não existiu concurso, não existiu adjudicação, não existiu contrato*.

---

(67) Assim, MARCELLO CAETANO, *op. cit.*, t. I, pg. 603, escrevendo a pensar num preceito com igual redacção, o art. 95.º do Decreto-Lei n.º 48 871.

(68) *Supra*, n.º 3 I.

(69) PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, Coimbra, 1967, pg. 181.

Há que saber extrair desta conclusão todas as consequências de Direito, designadamente para efeitos contenciosos, levando-se em conta que a inexistência jurídica, tal como a nulidade, é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode, inclusivamente, ser declarada oficiosamente pelo tribunal (art. 286.º do Código Civil) <sup>(70)</sup>.

X. Tal como fizemos atrás em relação à violação do princípio da legalidade, também aqui vamos dar um exemplo de adjudicação sujeita à condição de negociações com o adjudicatário com vista à modificação da proposta escolhida, em termos tais que daí decorre a inexistência jurídica quer da adjudicação quer do contrato.

E, por razões de facilidade, retomaremos o mesmo exemplo então dado <sup>(71)</sup>.

Nem o Programa do Concurso nem o Caderno de Encargos previam aquele tipo de negociações ou a modificação da proposta escolhida, após a adjudicação.

Conforme o próprio dono do concurso reconhecia na proposta de adjudicação, dos dois concorrentes que foram admitidos ao concurso o concorrente *A* ofereceu «*condições financeiras (...) inferiores*» às do concorrente *B*. Ainda segundo ele, «as condições financeiras oferecidas pelo concorrente *A* significavam, de facto, uma remuneração (...) (para o dono do concurso) *em percentagem excessivamente baixa* relativamente à receita bruta prevista» <sup>(72)</sup>.

Parecia, pois, que estava facilmente encontrada a proposta vencedora.

De facto, a proposta «mais vantajosa» era, pelas palavras claras do próprio dono do concurso, a do concorrente *B*. E também não fazia dúvida que, neste concurso concreto, a decisão sobre qual era a proposta mais vantajosa teria de atender unicamente às condições económicas e financeiras das propostas em

---

<sup>(70)</sup> Cfr. *supra*, n.º 3 IV.

<sup>(71)</sup> V. *supra*, n.º 3 III.

<sup>(72)</sup> Os *itálicos* são nossos.

concurso, dado que nada mais distinguia as duas propostas, nas próprias palavras do dono do concurso.

Como procedeu o dono do concurso?

Apesar da constatação que fez quanto ao valor relativo das duas propostas no plano financeiro, e que transcrevemos atrás, preferiu a proposta do concorrente *A*. A justificação dada foi apenas a de que «a evolução e a natureza dos tráfegos previstos (...) (por esse concorrente *A*) se prefiguram como, respectivamente, mais dinâmica e muito mais conforme aos objectivos visados (...)» — o que convenhamos que é forma de não justificar nada, desde logo pelo carácter vago e não concretizado da fundamentação aduzida. E isso assume uma enorme relevância porque, sendo a adjudicação um acto administrativo no qual se encontra vazada grande dose de discricionaridade, tem de se ser particularmente exigente com a sua fundamentação, sob pena de o acto de adjudicação ver, desde logo por aí, afectada a sua validade (73). É essa, aliás, a posição actual do Direito Administrativo português, por força do artigo 1.º n.º 1 al. *b*), 2.ª parte, e n.ºs 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho.

Além disso, e voltando ao exemplo em apreço, nem o Programa do Concurso nem o Caderno de Encargos enunciavam qualquer factor de ponderação para a adjudicação que atendesse à evolução e à natureza dos tráfegos, como era indispensável que acontecesse para que isso fosse atendível na adjudicação. Bastava, para tanto, que se aplicasse por analogia o art. 93.º n.ºs 1 e 2 do citado Decreto-Lei n.º 235/86.

Mas, após preferir o concorrente *A*, o dono do concurso propôs à pessoa tutelar a aprovação (74) da adjudicação da conces-

(73) MARCELLO CAETANO, *op. cit.*, t. I, pgs. 603-604.

(74) *Aprovação* e não *homologação*, como generalizadamente se está a escrever em leis aprovadas pela Assembleia da República e em actos legislativos, regulamentares e administrativos providos do Governo: tomemos como exemplo dos mais recentes o já citado Decreto-Lei n.º 287/84, de 23 de Agosto. A tutela administrativa *a posteriori* exerce-se pela *aprovação* do acto, assim como a tutela *a priori* através da *autorização* para a prática do acto, ficando a palavra *homologação* reservada para o acto da Administração activa de concordância com um parecer prévio, provindo da Administração consultiva, em regra, de um órgão que pertence à mesma pessoa colectiva onde está integrado o órgão activo, isto é, o órgão homologante,

são àquele concorrente «*sob a condição de este melhorar aceitavelmente as prestações financeiras que oferece (...)*».

Para já, e mesmo que se tomasse como bom, e conforme à lei, o princípio das negociações posteriores à adjudicação, parece que seria mais lógico, mais justo e também mais consentâneo com uma boa gestão dos dinheiros públicos, proceder ao contrário: partir do princípio de que as «condições financeiras» deveriam ser, se não o único, pelo menos o primeiro factor de adjudicação, aliás de harmonia com a letra e o espírito de disposições positivas do Direito português (os arts. 93.º n.ºs 1 e 2, e 114.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 235/86), e *escolher a proposta do concorrente B*, negociando depois *com ele* essa coisa extremamente vaga que é o maior dinamismo da evolução dos tráfegos... Seria, com certeza, mais fácil obter-se, dessa forma, um contrato que, *em globo*, fosse mais adequado aos interesses do dono do concurso, inclusive no plano financeiro, e ao interesse público. Por isso, e desde logo, a haver negociações, elas deveriam ter lugar com o concorrente *B*.

De qualquer forma, e como se vê, as negociações destinaram-se a conseguir que *o concorrente A melhorasse «aceitavelmente as condições financeiras que oferece»*. Incidiram, portanto, sobre um aspecto *essencialíssimo* do contrato. E, *porque resultaram* (se não, não teria sido celebrado o contrato, nos termos da própria adjudicação), essas negociações deram lugar a um contrato *diferente* do pré-figurado, e *sem concurso*, porque o outro concorrente não participou nessas negociações.

---

enquanto que na tutela administrativa há necessariamente duas pessoas colectivas, a pessoa tutelar e a pessoa tutelada. E convém que este rigor terminológico, ao qual a doutrina e a jurisprudência há muito se habituaram, seja mantido, sob pena de os próprios juristas deixarem de poder compreender e interpretar o Direito positivo — cfr. MARCELLO CAETANO, *op. cit.*, t. II, 9.ª ed., Coimbra, 1972, pg. 1296; FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, t. III, pg. 144; FAUSTO DE QUADROS, *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa*, diss., Lisboa, 1974, pgs. 183 e segs., 228 e segs., 245 e segs.

## 5. *Breve nota final*

Os aspectos que acabámos de estudar em sede de concurso público na formação do contrato administrativo foram suficientemente importantes para darem uma sólida imagem de como é necessário *juridicizar* mais o processo de formação dos contratos administrativos, incluindo os concursos. Como oportunamente mostrámos, é errado confundir essa questão com a menor consideração pelo princípio da autonomia contratual da Administração: pelo contrário, esta não pode afirmar-se e expandir-se sem um quadro jurídico e sem o respeito por normas imperativas de Direito Público e por princípios gerais de Direito.

Essa maior juridicização do processo da contratação administrativa passa, antes de tudo, pela elaboração urgente de uma Lei dos Contratos Administrativos, que discipline as sucessivas fases de formação do contrato administrativo, enquadrando o princípio da autonomia contratual da Administração. Mas ela exige também uma maior resignação da Administração ao cumprimento da lei, em lugar de uma constante afirmação da sua capacidade de improvisar contra o que a lei dispõe. E exige, por fim, uma acção firme da parte da jurisprudência, que evite que se enraíze a concepção, que seria errada, e que violentaria fundamentais postulados jurídico-políticos do Estado de Direito, de que se pode diluir, quanto à «Administração concertada», o grau de exigência quanto aos princípios constitucionais da legalidade administrativa, da justiça e da imparcialidade.

Lisboa, 15 de Novembro de 1987.